

**Der Umfang von Aufhebung
und Neuverhandlung im zivilprozessualen
Wiederaufnahmeverfahren**

Peter A. Gilles

1965

DER UMFANG VON AUFHEBUNG UND NEUVERHANDLUNG IM
ZIVILPROZESSUALEN WIEDERAUFNAHMEVERFAHREN



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von
Peter A. Gilles
aus Frankfurt am Main

1965

Erstgutachter : Professor Dr. Gerhard Schiedermaier

Zweigutachter : Professor Dr. Hellmut Georg Isele

Tag der mündlichen Prüfung : 27. Januar 1965

I.) Die Dreiteilung des Wiederaufnahmeverfahrens	9
II.) Der Umfang der Aufhebung	10
A.) Die anfechtbaren und aufhebbaren Urteile	10
1.) Voll- und Teilurteile, § 578	10
2.) Verzichts- und Anerkenntnisurteile	11
3.) Urteile in Ehesachen, namentlich Scheidungsurteile	11
4.) Prozeßurteile	12
5.) Zwischenurteile, § 583	13
6.) Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile	17
a.) Rechtsnatur als Zwischenurteile	17
b.) Fiktion als Endurteile	21
c.) Ausreichende Anfechtungsmöglichkeit der Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile derselben oder der unteren Instanz nach § 583	21
d.) Anhängigkeit des Streitstoffs der Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile vor dem höheren Gericht des Nach- und Wiederaufnahmeverfahrens	26
e.) Selbständige Anfechtbarkeit der Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile der höheren Instanz	31
7.) Zusammenfassung	35
B.) Die Notwendigkeit der Aufhebung und die Möglichkeit einer Bestätigung oder Aufrechterhaltung	35
1.) Praktische Erwägungen	36
2.) Evidenz der Unrichtigkeit	37
3.) Dispositionsmaxime	37
4.) Stufenförmiger Aufbau des Wiederaufnahmeverfahrens und Verfahrenseinheit zwischen Wiederaufnahmeverfahren und Hauptprozeß	38
5.) Rechtskraft	39
6.) Innerprozessuale Bindungswirkung	39
7.) Rechtshängigkeit und Streitgegenstände des Wiederaufnahmeverfahrens	40

8.) Analogien zur Bestätigung	43
9.) Zusammenfassung	43
C.) Die Möglichkeit einer Abänderung und Ergänzung des angefochtenen Urteils ohne Ausspruch der Aufhebung	44
1.) Abänderung des Schuldspruchs und Scheidung auch auf Widerklage	44
2.) Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen	45
3.) Der Streitgegenstand in Ehesachen	46
D.) Die Möglichkeit teilweiser Aufhebung und teilweiser Bestätigung oder Aufrechterhaltung	49
1.) Abhängigkeit von der Dispositionsmaxime	49
2.) Abhängigkeit von der Tragweite des Anfechtungsgrundes	50
3.) Abhängigkeit von Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes	51
4.) Zusammenfassung	52
III.) Der Umfang der Neuverhandlung	53
A.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung vom Umfang der Aufhebung	53
B.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung vom Umfang des Betroffenseins	54
1.) Die Neuverhandlung der Hauptsache gemäß § 590 Abs. I	55
2.) Umfang des Betroffenseins bei formellen Mängeln	56
a.) Urteile als Grenze der Isolierung des betroffenen Teils	57
b.) Termine, Beschlüsse und der Zeitpunkt des Eintritts des Mangels als Grenze	61
c.) Zusammenfassung	69
3.) Umfang des Betroffenseins bei materiellen Mängeln	69
a.) Urteile als Grenze der Isolierung des betroffenen Teils	69
b.) Tatsächliche Isolierungsmöglichkeit einzelner Streitpunkte	71
c.) Zusammenfassung	73

4.) Begriffsmäßige Verschiedenheit von Nichtigkeits- und Restitutionsklage	73
5.) Fehlende Neuverhandlung in den Sonderfällen der	74
a.) §§ 579 Abs. I Nr. 4, 580 Nr. 4	74
b.) § 580 Nr. 7 a	78
C.) Die Möglichkeit neuen Vorbringens in der Neuverhandlung (Verhandlungsmaxime)	78
1.) bei formellen Mängeln	78
2.) bei materiellen Mängeln	84
3.) Die Bedeutung des § 590 Abs. I	88
4.) Zusammenfassung	89
D.) Die Beschränkung und Erweiterung der Neuverhandlung durch die Parteien (insbesondere Dispositionsmaxime)	90
1.) Einschränkende Parteianträge	90
2.) Dispositionen über den Streitgegenstand	90
3.) Das Nachschieben eines neuen Klagegrundes	90
4.) Das Parteivorbringen im früheren Rechtsstreit	91
5.) Erneuter mündlicher Vortrag des alten Vorbringens (Mündlichkeitsprinzip)	92
6.) Berücksichtigung der jeweiligen Instanz	94
E.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung von der Prozeßart	95
1.) Schiedsverfahren	96
2.) Urkundenprozeß	97
3.) Eheprozeß, insbesondere der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen im Verhältnis zu § 590 Abs. I	97
IV.) Die Neuentscheidung	105
A.) Umfang der Neuentscheidung	106
B.) Umfang der tatsächlichen und rechtlichen Würdigung	106

L i t e r a t u r

- Arens "Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen, besonders im Hinblick auf das Wiederaufnahmeverfahren" in ZZP 76/423 ff,
- Arens Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, 1960,
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 27. Aufl. 1963,
- Blomeyer Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1963,
- Böttcher "Die Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß" in Festgabe für Leo Rosenberg, 1949,
- Bruns "Zum Problemkreis des Wiederaufnahmerechts" in FamRZ 1957/201 ff,
- Bunsen Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, 1900,
- Fischer Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, 1918,
- Fitting Der Reichs-Civilprozeß. 12. und 13. Aufl. 1907,
- Förster-Kann Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Band, 1926,
- Gaul Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Analogie beim enumerativen Ausnahmerechtsatz, 1956,
- Goldschmidt Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1932,
- Götz Urteilsängel und innerprozessuale Bindungswirkung, 1956,
- Grünhut Anmerkung zum RG in JW 1931/1362 ff,
- Habscheid Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956,
- Hahn Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abt., 1880,
- Hellmann Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen, 1. Teil, Bürgerliches Recht, Band III, Civilprozeßordnung, 2. Abteilung, 1897,
- Hellwig System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, 1912,
- Hildebrandt Mitschuldklage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft und dem Einheitsgrundsatz in Scheidungs- und Anfechtungssachen, 1933,
- Hoffmann-Stephan Kommentar zum Ehegesetz, 1950,
- Jaeger Grundriß zur Vorlesung über Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. 1932/33,
- Jaurnig "Das fehlerhafte Zivilurteil", in Frankfurter wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe, Band 15, 1958,

- Jauernig "Der Tod eines Ehegatten vor Beginn, während oder nach Abschluß des Eheprozesses (§ 628 ZPO)" in FamRZ 1961/98 ff,
- Kipp "Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit" in Festschrift für Martitz, 1911, S. 211 ff,
- Kleinfeller Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1925,
- von Kries Die Rechtsmittel des Civilprocesses und Strafprocesses nach den Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze, 1880,
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1961,
- Mattern "Miterledigung von vorderinstanzlichen Prozeßresten" in JZ 1960/1 ff,
- Meyer-Hirschmann-Schiller Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 1932,
- Neukamp Handkommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage 1911,
- Nikisch Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1935,
- Nikisch Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1952,
- Nußbaum "Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse" in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reiches, Band 17, Heft 1, 1908,
- Petersen Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Band, 1901,
- Planck Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 1896,
- Reincke Die Deutsche Zivilprozeßordnung, 6. Aufl. 1910,
- Remelé Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1878,
- Rosenberg Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961,
- Rosenberg "Die Präklusionswirkungen von Urteilen" in SJZ 1950/314 ff,
- von Scanzoni Anmerkung zum RG in DR 1943/850,
- Schiedermaier "Zum Verhältnis von Wiederaufnahmeverfahren und Vorprozeß" in "Vom Deutschen zum Europäischen Recht", Band 1, Festschrift für Hans Dölle, 1963,
- Schiedermaier "Die Wirkungen der Anfechtung von Zwischenurteilen nach §§ 275, 304 ZPO auf das Endurteil" in JUS 1961/212 ff,
- Schmidt Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1906,
- Schoetensack "Über Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung" in Festschrift für Hugo Burckhard, 1910, S. 249 ff,
- Schwab Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954,
- Schwab "Der Streitgegenstand im Eheprozeß" in ZZP 65/101 ff,
- Schwinge Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960,

- Seuffert-Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 12. Aufl.
1933,
- Stein Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl.
1928,
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I,
18. Aufl. 1953,
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. II,
18. Aufl. 1956,
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. II, 14. Aufl. 1929,
- Skonietzky-Gelpcke Zivilprozeßordnung, 2. Band, 1912,
- Struckmann-Koch Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl.
1910,
- Sydow-Busch Zivilprozeßordnung, 22. Aufl. 1941,
- Uffhausen Anmerkung zum BGH in NJW 1953/64 ff,
- Uffhausen "Zur Wiederaufnahme des Scheidungsstreits nach § 580 Nr. 7 b
ZPO" in JR 1953/326 ff,
- Wieczorek Zivilprozeßordnung, Band III, §§ 511-703 a, 1957,
- von Wilmowsky-Levy Civilprozeßordnung, Band II, 17. Auflage, 1895,
- Zeuner "Über den Einfluß von Wiedereinsetzung und Wiederaufnahme
auf die neue Ehe eines geschiedenen Ehegatten" in MDR 1960/
85 ff.

I.) Die Dreiteilung des Wiederaufnahmeverfahrens

Nach der heute herrschenden Auffassung (1) zerfällt das Wiederaufnahmeverfahren in drei Abschnitte : in die Prüfung der Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage, in die ihrer Begründetheit mit aufhebender Entscheidung (*iudicium rescindens*) und in die erneute Verhandlung der Hauptsache nebst ersetzender Entscheidung (*iudicium rescissorium*).

Nach Feststellung der Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage (§§ 578, 589 (2)) ist, ohne daß es eines allerdings möglichen, die Zulässigkeit bejahenden Zwischenurteils bedarf, das Bestehen der behaupteten Wiederaufnahmegründe zu prüfen.

Im Falle der Nichtigkeitsklage führt dann, da die Kausalität zwischen mangelhaftem Verfahren und angefochtenem Urteil unwiderleglich vermutet wird (3), die Bejahung der Nichtigkeitsgründe (§ 579) allein, im Falle der Restitutionsklage die Bejahung der Restitutionsgründe und der Kausalität zwischen unrichtiger (§ 580 Nr. 1-7a) oder unvollkommener (§ 580 Nr. 7 b) Urteilsgrundlage und angefochtenem Urteil g r u n d s ä t z l i c h zur Aufhebung der Vorprozeßentscheidung, sei es durch Zwischenurteil (4), sei es im Endurteil.

-
- (1) RG 75 / 53 ff (56); BGHLM Nr.4 zu § 580 Nr.7b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, I; Lent-Jauernig § 76, IV; a. A. Motive S. 385 zu § 529; Förster-Kann Vor § 578, 3;
 - (2) Paragraphen ohne nähere Angabe sind immer solche der ZPO;
 - (3) entsprechend § 551; Stein, Grundriß, § 113, II; abweichend Planck § 160, III, A, 3 b, S. 573 : für "tatsächliche" Kausalität auch bei den Nichtigkeitsklagen;
 - (4) Rosenberg § 156, IV, 2; Baumbach-Lauterbach § 590, 1, A; Wieczorek § 590, B I.c 2; vergl. hierzu aber N. 116;

II.) Der Umfang der Aufhebung

Die Frage nach dem Umfang der Aufhebung setzt zunächst die Erörterung der Vorfrage voraus, welche Urteile überhaupt mit der Wiederaufnahmeklage angreifbar und gegebenenfalls aufhebbar sind.

A.) Die anfechtbaren und aufhebbaren Urteile

Nach § 578 Abs. I richtet sich die Wiederaufnahmeklage gegen formell rechtskräftige Endurteile.

Hierunter sind solche Urteile zu verstehen, die über den ganzen Streitgegenstand (prozessualen Anspruch), über einen von mehreren Streitgegenständen oder über einen individualisierten, besonderer Beurteilung zugänglichen, zur selbständigen Geltendmachung geeigneten, größtmäßig bestimmten, also quantitativen Teil eines Streitgegenstandes entscheiden (§ 301) und insoweit der Streitstoff für die Instanz endgültig erledigen.

Es sind also Urteile, die ganz oder zum Teil der Klage oder dem Rechtsmittel stattgeben, oder jene als unzulässig oder unbegründet abweisen bzw. dieses als unzulässig verwerfen oder als unbegründet zurückweisen.

Besonders daraufhingewiesen sei, daß auch die Prozeßurteile über den Streitgegenstand, den prozessualen Anspruch, entscheiden, nur eben nicht sachlich (5).

Die Endurteile beenden mit ihrer formellen Rechtskraft die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes, die Anhängigkeit des Streitstoffs, sowie Verfahren und Instanz.

1.) Mit der Wiederaufnahmeklage sind danach gemäß § 578 Abs. I die in der Sache entscheidenden Voll- und Teilurteile anfechtbar, gleichviel welcher Instanz und Prozeßart, kontradiktorische wie Veräumnisurteile (6).

(5) Rosenberg § 83, III, 1, § 55, II, § 129, II, 3;

(6) bezüglich Versäumnisurteilen auch arg. § 582 : Einspruch;

Zu den anfechtbaren Teilurteilen gehören auch die über ein "Ergänzungsbegehren", also über einen überangenen selbständigen prozessualen Anspruch oder einen quantitativen Teil desselben entscheidenden Ergänzungsurteile des § 321, sowie die Zusatzurteile beispielsweise im Falle des § 239 und die Zwischenfeststellungsurteile nach § 280, die ebenfalls über einen eigenen Streitgegenstand entscheiden (7).

2.) Vereinzelt wird jedoch eine Beschränkung der Anfechtbarkeit von **V e r z i c h t s - u n d A n e r k e n n t n i s u r t e i l e n** (§§ 306, 307) teils bejaht, teils erwogen, weil diese Urteile auf einem Dispositionsakt beruhen (8).

Neukamp (9) will ihre Anfechtbarkeit nur dann zulassen, wenn Verzicht und Anerkenntnis nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts widerrufen werden könnten und außerdem die gesetzlichen Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe vorlägen. Abgesehen davon, daß sich der Widerruf von Anerkenntnis und Verzicht als reinen Prozeßhandlungen nicht nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften bestimmt und ein Widerruf immer dann zulässig wäre, wenn in Bezug auf diese Prozeßhandlungen ein Restitutionsgrund vorliegt (10), ist eine solche Beschränkung der Anfechtung im Wege der Wiederaufnahme durch nichts gerechtfertigt (11).

3.) Vereinzelt bejaht wird auch eine Beschränkung der Anfechtbarkeit von Urteilen in Ehesachen, namentlich von **S c h e i d u n g s u r t e i l e n** (12).

Mit der rechtskräftigen Aufhebung eines Scheidungsurteils werde die Ehe von Anfang an wiederhergestellt und der Personenstand damit rückwirkend geändert. Die mannigfachen an die Scheidung geknüpften privaten und öffentlichen Nebenwirkungen würden beseitigt und insbesondere im Falle der zwischenzeitlichen Wiederverheiratung oder des Todes einer Partei träten mißliche Konsequenzen auf (13).

(7) Rosenberg § 133, I, 1; RG 170/329 ff (330) zu § 280; Baumbach-Lauterbach § 280, 3;

(8) Neukamp 3b Vor § 578; RG 37/386 ff (388) zweifelnd;

(9) Neukamp 3b Vor § 578;

(10) Rosenberg § 131, I, 5c;

(11) Hellwig § 241, II, F. 8, S. 865;

(12) LG Hagen SJZ 46/67;

(13) vergl. Hoffmann-Stephan § 20, 4; BGHLM Nr. 1 und 2 zu § 578; Jauernig FamRZ 61/98 ff; im Rahmen der Arbeit ist zu diesen Problemen nicht Stellung zu nehmen;

Gegen die grundsätzliche Aufhebbarkeit auch solcher Urteile spricht jedoch weder eine positive Norm, noch ist eine diesbezügliche Änderung in der neueren Ehegesetzgebung erfolgt. Das Gesetz nimmt die durch die Aufhebung entstehende Rechtsunsicherheit zugunsten der Gerechtigkeit in Kauf (14).

4.) Für Prozeßurteile will das RG (15) die Wiederaufnahmeklage ebenfalls nicht uneingeschränkt zulassen.

Es zieht aus § 584 Abs. I und den Gesetzesmaterialien den Schluß, daß ein die Revision als unzulässig verwerfendes Urteil - andeutungsweise Prozeßurteile aller Instanzen - mit einer auf die Wiederaufnahmegründe des § 580 Nr. 1 - 3, 6 und 7 gestützten Restitutionsklage nicht angreifbar sei.

Der Entscheidung liegt folgender Gedanke zugrunde :

Wollte man außer im Falle des § 565 Abs. III auch das Verfahren des Revisionsgerichts und die Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision nach § 580 Nr. 1-3, 6 und 7 für anfechtbar halten, so würden die Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision als auch die Revisionsentscheidung selbst nach § 584 Abs. I widersinnigerweise dem Berufungsgericht zufallen. Zu diesem Zuständigkeitskonflikt komme es aber deshalb nicht, weil gemäß den Gesetzesmaterialien eine Anfechtung des in der Sache selbst entscheidenden Revisionsurteils nur aus den Gründen der §§ 579 und 580 Nr. 4 und 5 möglich sei.

Demgegenüber ergibt sich aber aus den Materialien nur, daß der Gesetzgeber nicht an die Möglichkeit dachte, auch das Revisionsgericht könne über § 565 Abs. III hinaus zu tatsächlichen Feststellungen berufen sein. § 584 Abs. I trifft daher nur eine unvollständige Zuständigkeitsregelung. § 584 Abs. I ist nicht der Ort, wo die Grenzen der Zulässigkeit der Wiederaufnahme aufgestellt sind.

Treffen daher ausnahmsweise die Restitutionsgründe des § 580 Nr. 1-3, 6 und 7 auf das Urteil des Revisionsgerichts zu, weil dieses selbst Tatsachenfeststellungen getroffen hat, so muß dieses entsprechend der für die Gründe des

(14) RGHR 42/802 und N. 13; an dieser Stelle der Arbeit wird nur eine völlige Ausschaltung der Scheidungsurteile aus dem Wiederaufnahmeverfahren abgelehnt; im Einzelnen siehe III E 3 der Arbeit;

(15) RG 68/334 ff (337); vergl. auch OLG München LZ 1927/411;

§ 580 Nr. 4 und 5 getroffenen Regelung selbst entscheiden (16).

Mit Wortlaut und Absicht des Gesetzes gänzlich unvereinbar aber ist der Gedanke, die Restitution in allen Instanzen auf Sachurteile zu beschränken, ganz abgesehen von dem bestehenden Bedürfnis nach uneingeschränkter Anfechtbarkeit aller Prozeßurteile im Wege der Wiederaufnahme (17).

5.) Nicht zu den Endurteilen und damit nicht zu den mit der Wiederaufnahmeklage selbständig nach § 578 Abs. I anfechtbaren Entscheidungen gehören die über einen Zwischenstreit entscheidenden *Z w i s c h e n u r t e i l e* des § 303. Unter einem "Zwischenstreit" nach § 303 ist jeder in einem anhängigen Urteilsverfahren entstandene Streit über eine den Fortgang des Verfahrens betreffende Prozeßfrage zu verstehen, über die nur auf Grund notwendiger mündlicher Verhandlungen entschieden werden kann. Das Charakteristische eines solchen Zwischenstreits ist, daß er nicht den für die sachliche Entscheidung des Prozesses erheblichen Streitstoff zum Gegenstand hat (18).

Die Zwischenurteile entscheiden danach nur über einzelne Streitpunkte und nicht - auch nicht zum Teil - über den Streitgegenstand. Sie erkennen den geltendgemachten Anspruch weder ganz noch teilweise zu, sondern erledigen nur einen Teil des Streitstoffs (19). Deshalb beenden sie weder die Rechtshängigkeit noch das Verfahren.

Nach §§ 512, 548 sind sie in der Regel (Ausnahmen z.B. §§ 275 Abs. II, 304 Abs. II) als vorweggenommene Teile des Endurteils (20) nur mit dem Endurteil zusammen anfechtbar, wenn sie nicht der Anfechtung ganz entzogen sind (§§ 10, 270, 512a, 549 Abs. II).

Auch im Wiederaufnahmeverfahren sind sie als die einem Endurteil vorausgegangenen Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz nach § 583 nur mit dem allein anfechtbaren Endurteil zusammen angreifbar.

(13) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 584, IV, 1, § 580, I, 2; BGHNJW 54/1523; Rosenberg § 155, III, 1;

(17) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 580, I, 2; Baumbach-Lauterbach § 578, C, 2; Förster-Kann § 584, 4b, cc; Planck § 159, II, S. 563; das Bedürfnis wird auch vom RG 68/337 bejaht;

(18) Rosenberg I 55, III, 1a;

(19) Rosenberg, a. a. O.;

(20) RGJW 1893/134 und N. 19;

Insoweit entspricht § 583 den §§ 512, 548 mit der allerdings wesentlichen Abweichung, daß die Beschwerdefähigkeit oder Unanfechtbarkeit der Vorentscheidung die Anwendbarkeit des § 583 nicht ausschließt, und der ausdrücklichen Erweiterung auf die Entscheidungen der unteren Instanz. Gemäß § 583 ist eine besondere Klage gegen die vorausgegangenen Entscheidungen unzulässig, die Wiederaufnahmeklage richtet sich unmittelbar nur gegen das Endurteil.

Im Gegensatz zu den §§ 512, 548 ist jedoch für die Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage nach § 583 weiterhin erforderlich, daß das angefochtene Endurteil auf der vorausgegangenen Entscheidung "beruht".

Bedenklich erscheint hierzu die auf die Ausführungen der Motive (21) gestützte Formulierung bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle (22) und anderen (23), dieses Erfordernis der Kausalität - für die Restitutionsklage selbstverständlich - sei der Nichtigkeitsklage wegen besonders hervorgehoben, weil hier die mangelhafte Entscheidung für das Endurteil jede Bedeutung verloren haben könne. Diese Formulierung läßt nämlich den Schluß zu, die Endentscheidung selbst müßte hier nicht nur bei der Restitutionsklage, sondern auch bei der Nichtigkeitsklage tatsächlich und nicht nur unwiderleglich vermutet auf dem Anfechtungsgrunde beruhen.

Dem steht aber entgegen, daß die Kausalität des § 583 zwischen Endurteil und vorausgegangener Entscheidung eine ganz andere ist, als die des § 580 zwischen Mangel und Urteil.

Skonietzky-Gelpcke (24) bemerkt hierzu richtig, im Gegensatz zu den Fällen des § 580 Nr. 1-3 und 6 in denen es sich um das Zusammenhangsverhältnis zwischen dem angefochtenen Urteil und dem Restitutionsgrunde, auf den die Anfechtung gestützt ist, handle, beziehe sich § 583 auf den ursächlichen Zusammenhang einer durch den Anfechtungsgrund betroffenen Entscheidung mit einer anderen, an sich fehlerfreien Entscheidung. Die Vorschrift des § 583 habe also entgegen der Ansicht der Motive für die Restitutionsgründe dieselbe Bedeutung wie für die Nichtigkeitsgründe und werde nicht in ersterer Hinsicht schon durch § 580 gedeckt.

Nur auf der vorausgegangenen Entscheidung also, nicht auf dem Mangel -

(21) Motive S. 382 unter § 522;

(22) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 583, I;

(23) Struckmann-Koch § 583, 3; Petersen § 583, 1;

(24) Skonietzky-Gelpcke § 583, 5;

wie im Falle des § 580 - muß das Endurteil beruhen (25).

Während die (konkrete) Kausalität des § 580 die Frage betrifft, ob das Endurteil selbst auf Grund einer unrichtigen oder unvollkommenen Urteilsgrundlage erging, ist die Bedeutung der (abstrakten) Kausalität des § 583 zweifelhaft.

Mit Förster-Kann (26) ist zunächst davon auszugehen, daß der in den §§ 512, 548, 583 im gleichen Sinne verwandte Begriff der "vorausgegangenen Entscheidungen" alle diejenigen zeitlich vor dem Endurteil liegenden Entscheidungen erfaßt, die "mit dem angefochtenen Urteil zusammenhängen, indem sie entweder das Verfahren, auf welchem das Endurteil beruht, oder den Prozeßstoff, über welchen in dem Endurteil entschieden wird, betreffen" und selbst nicht die Natur von Endurteilen haben.

Die Kausalität des § 583 kann deshalb nicht nur den verfahrenstechnischen Zusammenhang (27) von Vor- und Endentscheidung bedeuten, weil dieser bereits vom Begriff der "vorausgegangenen Entscheidungen" erfaßt wird und den letzten Halbsatz des § 583 als überflüssig erscheinen ließe. Die vorausgegangene Entscheidung muß darüberhinaus eine der Grundlagen für das Endurteil gebildet haben (28), sei es eine sachliche, sei es eine prozessuale, je nachdem die vorausgegangene Entscheidung über eine Sach- oder wie im Falle des § 303 über eine Prozeßfrage entschieden hatte.

Hat danach beispielsweise das nicht vorschriftsmäßig besetzte Gericht - gleichgültig ob sachlich richtig oder unrichtig - eine Prozeßvoraussetzung durch Zwischenurteil nach § 303 bejaht, und ist im Endurteil der Klage stattgegeben worden, so ist die nach § 583 gegen das auf dem Zwischenurteil "beruhende" Endurteil zu richtende Nichtigkeitsklage zulässig, auch wenn das Endurteil von einem ordnungsmäßig besetzten Gericht erlassen worden ist (29). Nach § 583 sind deshalb auch solche vorausgegangenen Entscheidungen angreifbar, deren Mangel für das Endurteil selbst keinerlei Bedeutung hat (30).

(25) Förster-Kann § 583, 1b; Rosenberg § 155, III, 1; Baumbach-Lauterbach § 583, 1;

(26) Förster-Kann § 583, 1a, § 512, 2;

(27) nicht ausreichend also, daß Vor- und Endentscheidung in einem einheitlichen Verfahren ergangen sind;

(28) Förster-Kann § 583, 1b;

(29) vergl. Förster-Kann § 583, 1b, Beispiel;

(30) Baumbach-Lauterbach § 583, 1;

In ihrer Allgemeinheit bedenklich erscheinen die Ausführungen bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle (31), wonach das Erfordernis der Kausalität im Sinne des § 583 dann fehle, wenn das Berufungsurteil auf Grund neuer Sachverhandlung ergangen sei. Ähnlich heißt es zur Frage der Kausalität bei Blomeyer (32), ein Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. I Nr. 1-3 für das erstinstanzliche Urteil scheide aus, wenn das Berufungsurteil auf Grund neuer Sachverhandlung entschieden habe. Seuffert-Walsmann (33) bemerkt schließlich, habe eine vorausgegangene Entscheidung infolge veränderter Lage der Sache oder veränderter Auffassung derselben oder durch erneute Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz ihre Bedeutung verloren, so komme § 583 nicht in Frage.

Aus diesen Ausführungen kann zunächst nicht der Schluß gezogen werden, § 583 finde auch auf die Endurteile einer unteren Instanz selbst Anwendung. Diese stellen keine "vorausgegangenen Entscheidungen" dar.

Weiterhin kann ein Berufungsurteil auch dann auf einer von einem Nichtigkeitsgrund betroffenen vorausgegangenen Entscheidung der unteren Instanz "beruhen", wenn das Berufungsgericht die "Sache", d. h. die Hauptsache im Sinne der §§ 39, 274 Abs. III erneut verhandelt hat. Für die Bejahung der Kausalität nach § 583 ist nur erforderlich, daß auch das Berufungsurteil die vorausgegangene Entscheidung zu einer der Grundlagen seiner Entscheidung gemacht hat.

Hat das Berufungsgericht beispielsweise auf Grund einschränkender Parteianträge nach § 525 die durch Zwischenurteil der unteren Instanz entschiedenen Prozeßfragen über eine Prozeßvoraussetzung, die Aufnahme des Verfahrens nach § 239 u. a. nicht erneut beurteilt, sondern seiner Entscheidung dieses Zwischenurteil zugrundegelegt, so ist die Kausalität nach § 583 ohne Rücksicht auf eine erneute Verhandlung der Hauptsache zu bejahen.

Ist die abstrakte Kausalität des § 583 im erörterten Sinne gegeben, so erstreckt sich die Anfechtung kraft Gesetzes auf die vorausgegangenen Entscheidungen (34). Im iudicium rescindens ist sodann festzustellen, ob die Vorentscheidung von den geltendgemachten Anfechtungsgründen "betroffen" ist.

(31) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 583, I unter Hinweis auf RG 75/53 ff (60);

(32) Blomeyer § 106, I, und F. 2;

(33) Seuffert-Walsmann § 583, 1;

(34) insoweit wieder Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 583, I;

Entsprechend der Anfechtung der Endurteile nach §§ 578, 579, 580 ist die Vorentscheidung dann als "betroffen" anzusehen, wenn die geltendgemachten Wiederaufnahmegründe bestehen und im Falle eines Restitutionsgrundes die Vorentscheidung auf den Mangel "gegründet" ist. Der Begriff des Betroffenseins in § 583 entspricht also dem der in § 579 unwiderleglich vermuteten und in § 580 tatsächlichen bestehenden Kausalität (35).

Soweit die vorausgegangenen Entscheidungen, d.h. ihr Verfahren oder ihre Verhandlung von den Anfechtungsgründen betroffen sind, sind sie aufzuheben, ebenso das auf ihnen beruhende Endurteil. Sieht man das Endurteil als durch das Zwischenurteil nach § 303 bedingt an (36), so wird das Endurteil mit Aufhebung des Zwischenurteils allerdings schon ipso iure hinfällig. Auch dann ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit eine ausdrückliche Aufhebung des Endurteils geboten.

6.) Sehr streitig (36a) ist, ob die Vorentscheidungen der §§ 275, 304 und die Vorbehaltsurteile der §§ 302, 599 selbständig mit der Wiederaufnahmeklage anfechtbar sind oder nur wie das Zwischenurteil nach § 303 mit dem Endurteil im Nachverfahren zusammen gemäß § 583.

a.) Während das der prozeßhindernden Einrede stattgebende Prozeßurteil ein mit der Wiederaufnahmeklage selbständig anfechtbares Endurteil ist, handelt es sich bei dem die prozeßhindernde Einrede verwerfenden Prozeßurteil des § 275 Abs. II um ein Zwischenurteil. Dies ergibt sich zunächst aus der Fiktion des Ab. II, nach der dieses Urteil nur in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist. Besonders aber ergibt sich seine Natur als Zwischenurteil daraus, daß es nur zu einem tatsächlichen Stillstand des Verfahrens führt (37), das Verfahren oder die Instanz also nicht beendet. Es entscheidet weder ganz noch zum Teil über den Streitgegenstand, weshalb es der materiellen Rechtskraft bezüglich des prozessualen Anspruchs nach

-
- (35) im Falle des § 580 Nr. 7b ist die Kausalität allerdings nur eine hypothetische;
- (36) für Zwischenurteile nach § 275 Abs. II h. M.; z. B. Hellwig S. 865, § 241, II, und F. 7; die Bedingtheit kann zumindest für Zwischenurteile nach § 303, die über Prozeßvoraussetzungen entscheiden, bejaht werden;
- (36a) vergl. zum Meinungsstreit im Einzelnen N. 54, 56-58 und insbesondere 84, 85;
- (37) Baumbauch-Lauterbach § 275, 2, B;

§ 322 nicht fähig ist. Es hat anders als das der prozeßhindernden Einrede stattgebende prozessuale Endurteil als ein die prozeßhindernde Einrede verwerfendes Zwischenurteil auch nicht die beschränkte materielle Rechtskraftwirkung von Prozeßurteilen, soweit man diese anerkennt (38).

Jedoch erledigt das Urteil einen Teil des Streitstoffs endgültig. Es entfaltet deshalb eine Präklusionswirkung dahin, daß die Parteien in der späteren Verhandlung zur Hauptsache mit neuem Vorbringen bezüglich des durch das Zwischenurteil erledigten Streitstoffs, d.h. der betreffenden prozeßhindernden Einrede, ausgeschlossen sind. Weiterhin ist es - zumindest bei unveränderter Sachlage (39) - der innerprozessualen Bindungswirkung des § 318 fähig, die sich allerdings nur auf die ausgesprochene Rechtsfolge, nicht auch auf die tatsächlichen Unterlagen der Entscheidung erstreckt (40). Und schließlich erwächst es in formeller Rechtskraft.

Nichtanders verhält es sich mit der Vorabentscheidung über den Grund nach § 304. Sie ist ebenfalls ein Zwischenurteil, wie sich aus der Fiktion des Abs. II und insbesondere daraus ergibt, daß sie nur über einen Teil des Streitstoffs und nicht über den Streitgegenstand entscheidet, weshalb sie weder der materiellen Rechtskraft fähig ist noch das Verfahren oder die Instanz beendet (41).

Bezüglich des bejahten Anspruchsgrundes entfaltet das Urteil des § 304 jedoch die Bindungswirkung des § 318 und eine Präklusionswirkung dahin, daß im Nachverfahren Einwendungen zum Grund des Anspruchs nicht mehr vorgebracht werden können (42).

Außerdem wird es formell rechtskräftig.

Für die späteren Erörterungen von Wichtigkeit ist schließlich die Feststellung, daß der gesamte mit Klageerhebung rechtshängige Streitgegenstand,

(38) a. A. Baumbach-Lauterbach § 275, 2, B, in Verb. m. § 322, 4, unter "Prozeßurteil";

(39) Baumbach-Lauterbach § 318, 2;

(40) Rosenberg § 57, I, 1; RGHR 1935/205; Baumbach-Lauterbach § 318, 2;

(41) Baumbach-Lauterbach § 304, 4, C, und 5, A; RG 132, 16 ff (19);

(42) Baumbach-Lauterbach § 304, 5, A; RG 63/195 ff (198); RG 138/213 ff (214); mit Ausnahme der nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstandenen Einwendungen; Götz S. 13, 33;

der prozessuale Anspruch, im Falle des § 275 wie im Falle des § 304 auch nach formeller Rechtskraft der Vorabentscheidungen rechtshängig (43) bleibt.

Umstritten (43a) ist die Rechtsnatur der Vorbehaltsurteile der §§ 302, 599.

Das RG (44) sah diese Urteile als durch die Feststellung der vorbehaltenen Einwendungen im Nachverfahren auflösend bedingte Endurteile an, da diese Urteile den Klaganspruch bereits zu- oder absprächen und eine Rechtsschutzhandlung enthielten.

Dem steht zunächst auch hier der Gesetzeswortlaut entgegen. Nach §§ 302 Abs. III und 599 Abs. III sind diese Urteile nur in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteile anzusehen. Ihr Charakter als Endurteil wird also insoweit nur fingiert.

Es kommt hinzu, daß nach § 302 Abs. IV in betreff der Aufrechnung, über welche die Entscheidung vorbehalten ist, der Rechtsstreit "anhängig" bleibt; d. h. nicht nur der Streitstoff des zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs, sondern im selben Umfang auch der des Klaganspruchs bleibt "abhängig" (45). Im selben Umfang bleibt der Streitgegenstand rechtshängig, weshalb das Vorbehaltsurteil der materiellen Rechtskraft nicht fähig ist (46). Es spricht zwar den Klaganspruch bereits zu oder ab, jedoch nicht endgültig (46a), weil ein Teil des Streitstoffs noch unerledigt ist, nämlich der der vorbehaltenen Aufrechnung. Es beendet deshalb auch das Verfahren nicht, ebenso wenig wie die Instanz.

Jedoch bindet es dasselbe Gericht nach § 318 an die Bejahung der Klagefor-

(43) Mit Rosenberg § 97, I, ist unter Rechtshängigkeit die Anhängigkeit eines prozessualen Anspruchs beim Gericht zu verstehen. Sie bedeutet tatsächliche Existenz eines Urteilsverfahrens "über einen prozessualen Anspruch".

(43a) siehe N. 44 und 52;

(44) RG 77/95; Planck § 159, II, S. 563; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 302, III, 1; zweifelnd Baumbach-Lauterbach § 302, 3, A;

(45) Mit Rosenberg § 97, I, bedeutet "Anhängigkeit", daß das Gericht mit einem Verfahren, besser mit dem "Streitstoff" eines Rechtsstreits befaßt ist.

(46) Baumbach-Lauterbach § 302, 3, A, und 4, A;

(46a) Es ist deshalb ein "bedingtes" Urteil: Schiedermaier, JUS 1961/214;

derung und verbietet auf Grund seiner Präklusionswirkung neues Vorbringen bezüglich der Klageforderung in Nachverfahren. Nur noch der Streitstoff der vorbehaltenen Aufrechnung ist zu verhandeln, der übrige ist mit der formellen Rechtskraft endgültig erledigt (47).

Zu bemerken bleibt, daß im Falle des § 302 hinsichtlich des überschießenden Teils der Klageforderung ein Endurteil ergeht, das als quantitatives Teilurteil insoweit Streitgegenstand und Streitstoff endgültig erledigt (48).

Entsprechend § 302 Abs. IV bleibt nach § 600 Abs. I beim Vorbehaltsurteil des Urkundenprozesses der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren "anhängig" und der Streitgegenstand rechtshängig (49), wenn dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten ist. Es ist ebenfalls der materiellen Rechtskraft nicht fähig, jedoch der innerprozessualen Bindungswirkung und einer Präklusionswirkung dahin, daß eine erneute Verhandlung der im Vorbehaltsurteil des § 599 erledigten Streitpunkte, des Streitstoffs der Klageforderung also, ausgeschlossen ist (50).

Da Vor- und Nachverfahren bei den Vorbehaltsurteilen wie bei den Vorabentscheidungen ein einheitliches Verfahren bilden, beendet das Urteil des § 599 ebenfalls weder das Verfahren noch die Instanz, weshalb auch der Nachverfahrensabschnitt bereits mit der Verkündung des Vorbehaltsurteils und nicht erst mit dessen formeller Rechtskraft beginnt (51).

Aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt sich somit, daß die Urteile der §§ 302, 599 nicht als Endurteile - auch nicht als auflösend bedingte -, sondern als Zwischenurteile eigener Art (52) anzusehen sind; die Ansicht (53), die selbständige Anfechtbarkeit dieser Urteile im Wiederaufnahmeverfahren folge schon aus ihrer Benennung, ist also nicht richtig.

(47) Baumbach-Lauterbach § 302, 4, A;

(48) Baumbach-Lauterbach § 302, 3, A; RG 57/268 ff (269);

(49) Baumbach-Lauterbach § 600, 1A, § 599, 3;

(50) Baumbach-Lauterbach § 600, 1, C;

(51) Baumbach-Lauterbach § 600, 1, A;

(52) Rosenberg § 55, IV, 4;

(53) Planck § 159, II, S. 563;

b.) Die genannten Urteile sind jedoch nach §§ 275 Abs. II, 304 Abs. II, 302 Abs. III und 599 Abs. III in betreff der "Rechtsmittel" als Endurteile anzusehen.

Es fragt sich, ob deshalb auch ihre selbständige Anfechtbarkeit im Wege der Wiederaufnahme zu bejahen ist.

Nach Seuffert-Walsmann (54) spricht der preußische Entwurf, dem die Wiederaufnahme der ZPO nachgebildet sei, dafür. Dort hießen die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage "Rechtsmittel" und einige der fraglichen Urteile seien ausdrücklich als mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage selbständig anfechtbar aufgeführt.

Die Motive (55) bezeichnen das Wiederaufnahmeverfahren aber gerade als "außerordentliches Rechtsmittel", das im Verhältnis zu den Rechtsmittelverfahren nach Struktur und Inhalt eine teils abweichende Regelung erfahren hat. Das historische Argument ist deshalb nicht zwingend, ganz abgesehen von der Fortentwicklung der Rechtsdogmatik zur Wiederaufnahme.

Ebensowenig überzeugt das formale Argument, § 584 Abs. II habe selbst den Vollstreckungsbefehl, der nur hinsichtlich des Einspruchs einem Endurteil gleichstehe, hierhergestellt (56). Teils (57) wird die selbständige Anfechtbarkeit der genannten Zwischenurteile auch damit begründet, daß die in betreff der Rechtsmittel als Endurteile anzusehenden Urteile im Falle der Versäumnung der Rechtsmittel oder ungünstiger Erledigung der Rechtskraft teilhaftig würden, "aber keiner stärkeren Rechtskraft" als im gleichen Falle die Endurteile selbst. Auch diese Begründung überzeugt nicht. Wenn nicht wegen Bejahung der prozeßhindernden Einrede oder wegen Verneinung des Klagegrundes oder der Klageforderung ein Endurteil vorliegt, sondern wirklich eines der genannten Zwischenurteile, so ist letzteres der materiellen Rechtskraft gerade nicht fähig.

c.) Entscheidender ist der vielfach vertretene Gesichtspunkt (58), es bestehe ein Bedürfnis nach selbständiger Anfechtbarkeit der Urteile der §§ 275,

(54) Seuffert-Walsmann § 578, 1;

(55) Motive S. 378 vor § 517 und S. 382 zu § 523;

(56) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 578, I;

(57) Planck § 159, II, S. 563;

(58) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 578, I; Petersen § 578, 1; Struckmann-Koch § 578, 3;

304, 302, 599, weil diese Urteile sonst überhaupt nicht zu beseitigen seien; jedenfalls aber werde durch § 583 das Bedürfnis nicht ganz beseitigt. Wollte man diese Urteile nämlich als vorausgegangene Entscheidungen im Sinne des § 583 betrachten, so könne ein Anfechtungsgrund gegen ein derartiges Urteil mit der Wiederaufnahmeklage gegen das nachfolgende Endurteil jedenfalls dann nicht geltend gemacht werden, wenn ein solches Urteil von einer höheren Instanz erlassen worden sei.

Hierzu ist zunächst festzustellen, daß § 583 abschließend und ohne Einschränkungen von den dem Endurteil "vorausgegangenen Entscheidungen" spricht. Es fehlt der in den §§ 512, 548 enthaltene Zusatz, daß diese Entscheidungen nicht unanfechtbar oder selbständig anfechtbar sein dürfen (59).

Ob allerdings § 583 eine ausreichende Anfechtungsmöglichkeit der genannten Urteile bietet, muß eingehend untersucht werden.

Ist ein Zwischenurteil ergangen - gleichviel welcher Instanz -, das noch nicht formell rechtskräftig ist, so kann der das Zwischenurteil betreffende Wiederaufnahmegrund mit den ordentlichen Rechtsmitteln gemäß §§ 275 Abs. II, 304 Abs. II, 302 Abs. III und 599 Abs. III geltend gemacht werden, und zwar ohne Rücksicht auf Stand und Instanz des Nachverfahrens (60).

Bei rechtskräftiger Aufhebung dieser das Endurteil des Nachverfahrens bedingenden Zwischenurteile verliert das etwa inzwischen ergangene Endurteil - auch das einer höheren Instanz - von selbst seine Kraft (61).

Es hängt darüberhinaus nicht nur in seinen "Wirkungen", sondern in seiner rechtlichen Existenz von dem Zwischenurteil ab, mit andern Worten, es ist auch seinem "Bestande" nach durch die Existenz des Zwischenurteils bedingt und wird durch die rechtskräftige Aufhebung des Zwischenurteils ipso iure zu einem "Nichturteil", ohne daß es einer förmlichen Aufhebung bedarf (62).

(59) Rosenberg § 154, III, 1; Nikisch § 129, II, 1, S. 507;

(60) Rosenberg § 155, II, 1, und § 154, III, 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 582, II, 2; RG 14/322 ff (324); 54/304 ff (306): für § 599;

(61) Hellwig § 241, II, S. 865 F. 7;

(62) Schiedermaier JUS 61/212 ff (214) für §§ 275, 304; Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil § 12, I, S. 135; Rosenberg § 55, II, 2 und 3b; Baumbach-Lauterbach § 275, 3, B, § 302, 4, B, § 583, 1; a. A. Schoetensack, S. 282; Skonietzky-Gelpcke § 583, 4a : bezüglich §§ 302, 599, Bedingtheit hier abgelehnt;

Eine solche ist allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit zu befürworten.

Ist ein Endurteil im Nachverfahren noch nicht ergangen, so endet auch das Nachverfahren, da Nachverfahren und Vorverfahren ein einheitliches Verfahren bilden, also das Verfahren schlechthin, mit Aufhebung des Zwischenurteils ebenfalls ipso iure (63).

Ist dagegen das Zwischenurteil formell rechtskräftig, das Nachverfahren jedoch noch nicht eingeleitet oder zwar eingeleitet, aber nicht entschieden oder schließlich in einer der Instanzen entschieden, nur noch nicht formell rechtskräftig, so besteht die Möglichkeit, die das Zwischenurteil betreffenden Wiederaufnahmegründe im Nachverfahren derselben oder einer höheren Instanz geltend zu machen, ohne daß die formelle Rechtskraft des Endurteils und damit seine Anfechtung im Wege der Wiederaufnahme abzuwarten wäre. Gegebenenfalls müßte also das Nachverfahren erst eingeleitet oder gegen das noch nicht rechtskräftige Endurteil ein Rechtsmittel eingelegt werden.

Während danach die das Zwischenurteil betreffenden Nichtigkeitsgründe im Nachverfahren geltend gemacht werden könnten, mußten es die Restitutionsgründe sogar, weil sie sonst nach § 582 präkludiert wären (64). Da nämlich Vor- und Nachverfahren eine Verfahrenseinheit bilden, wäre die Geltendmachung der Restitutionsgründe im Sinne des § 582 im "früheren Verfahren" möglich.

Die Anfechtung der Zwischenurteile im Nachverfahren setzt jedoch eine Durchbrechung der innerprozessualen Bindungswirkung der §§ 318, 512, 548 voraus, weil das Gericht des Nachverfahrens eine von ihm selbst erlassene Vorentscheidung oder ein von einer unteren Instanz erlassenes, mit den ordentlichen Rechtsmitteln selbständig anfechtbares Zwischenurteil selbst aufheben müßte, wenn der Wiederaufnahmegrund gegen es durchgreift. Zu Recht führt das RG (65) in diesem Zusammenhang aus, die bestehende Einheitlichkeit des Verfahrens über Grund und Betrag habe zur Folge, daß noch im Betraysverfahren die prozeßhindernden Einreden für das gesamte Verfahren, also auch noch bezüglich des Vorverfahrens zu prüfen seien, weshalb bei ihrer Bejahung die Klage abzuweisen sei. Ebenso führe der im Nachverfahren ge-

(63) Schiedermaier JUS 61/214 m. w. N.;

(64) Rosenberg § 154, III, 1; Blomeyer § 106, I; RG 14/322 ff (324), 54/304 ff (306): für § 599;

(65) 89/117 ff (119); vergl. auch BGHNJW 63/587 für § 304;

gen die Vorentscheidung geltendgemachte Nichtigkeitsgrund zur gänzlichen Abweisung der Klage. Dem Grundurteil nach § 304 komme deshalb trotz formeller Rechtskraft keine selbständige Bedeutung zu, was sich auch daraus ergebe, daß in den Fällen der Säumnis (66) im Höheverfahren oder in Schadensersatzprozessen, in denen im Höheverfahren ein ziffernmäßig zu berechnender Schadensbetrag nicht feststellbar sei (67), eine gänzliche Abweisung der Klage erfolgen müsse.

Wie die Beispielsfälle des RG zeigen, gilt die Bindung des § 318 nicht uneingeschränkt. In §§ 302 Abs. IV und 600 Abs. II ist eine Durchbrechung sogar vorgesehen. Bei durchgreifenden Einwendungen bzw. bei durchgreifender Aufrechnung ist das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren nämlich aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Ferner entspricht die Anfechtung des Zwischenurteils in Nachverfahren dem in Lehre und Rechtsprechung (68) bereits gefestigten Grundsatz, daß die Geltendmachung von Wiederaufnahmegründen soweit irgend möglich in ein anhängiges Verfahren vorzuziehen ist.

Entscheidend rechtfertigt sich aber eine Durchbrechung der innerprozessualen Bindungswirkung aus dem allgemeinen Gesichtspunkt, daß Wiederaufnahmegründe, die selbst eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft zulassen, erst recht die Durchbrechung der Bindungswirkung der §§ 318, 512, 548 dulden. Dieser Gesichtspunkt gestattet auch die ebenfalls notwendige Durchbrechung der Präklusionswirkungen der Zwischenurteile.

Im Nachverfahren können deshalb auch Wiederaufnahmegründe geltend gemacht werden, die sich auf den durch das Zwischenurteil bereits erledigten Streitstoff beziehen, etwa auf den Klagegrund im Falle des § 304, oder die Klageforderung im Falle der §§ 302, 599. Insbesondere können bei den Vorbehaltsurteilen Wiederaufnahmegründe nicht nur insoweit geltend gemacht werden, als "nach dem Inhalt des Vorbehalts noch Gelegenheit dazu ist" (69), also nur bezüglich der vorbehaltenen Aufrechnung oder der Einwendungen,

(66) auch Baumbach-Lauterbach § 304, 5, A, aber nur bei Säumnis des Klägers, bei Säumnis des Beklagten wirke § 318;

(67) Baumbach-Lauterbach § 304, 5, A; RG 132/16 ff (19);

(68) BGHNJW 58/1352 f; BGHNJW 54/676; Stein-Jonas-Schönke-Pohle vor § 128, V, 4b; insbesondere Götz S. 68 ff;

(69) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 582, II, 2; RG 54/304 ff (306); 14/322 ff (324);

sondern bezüglich des gesamten noch rechtshängigen Streitgegenstandes bzw. des gesamten, wenn auch mit formeller Rechtskraft des Zwischenurteils teilweise erledigten, noch anhängigen (70) Streitstoffs (70a).

Sind schließlich ein Zwischenurteil derselben oder einer unteren Instanz und das Urteil des Nachverfahrens formell rechtskräftig, ist das Verfahren also abgeschlossen, so können entsprechend der mittelbaren Anfechtung der Zwischenurteile des § 303 die sich gegen die vorausgegangene Entscheidung richtenden Anfechtungsgründe gemäß § 583 geltend gemacht werden. Aber selbständig anfechtbar ist immer nur das Endurteil, d. h. das Urteil des Nachverfahrens. Die Wiederaufnahmeklage muß und kann nur gegen dieses erhoben werden. Ist die abstrakte Kausalität des § 583 zu bejahen, so erstreckt sich die Anfechtung kraft Gesetzes auf die Vorentscheidung. Diese ist, sofern ihr Verfahren oder ihre Verhandlung von den Wiederaufnahmegründen betroffen wird, aufzuheben. Mit ihrer rechtskräftigen Aufhebung aber entfällt hier das Endurteil in Bestand und Wirkungen ja schon ipso iure, so daß der Aufhebung des Endurteils keine Gestaltungswirkung mehr zukommt.

Da mit der rechtskräftigen Aufhebung der Zwischenurteile deren Urteilswirkungen, also auch die innerprozessuale Bindungswirkung und die Präklusionswirkung beseitigt werden, und zwar rückwirkend, bedarf es hier keiner Durchbrechung der genannten Wirkungen (71).

Wollte man aber neben der Wiederaufnahmeklage gegen das Endurteil auch noch eine selbständige Anfechtung der Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile gewähren, so hätte dies eine "unzulässige Doppelheit der Anfechtungsmöglichkeit" zu Folge (72). Und endlich besteht bei der allein zulässigen Anfechtung des Endurteils auch nicht die Gefahr, daß die Klagefrist des § 586 vorher ablaufen könnte. Denn diese beginnt erst mit Rechtskraft des allein anfechtbaren Endurteils (73).

(70) zur "Anhängigkeit" auch des erledigten Streitstoffs siehe II, A, 6d dieser Arbeit;

(70a) Das über den überschießenden Teil der Klageforderung entscheidende Teilurteil im Falle des § 302 ist natürlich nicht im Nachverfahren, sondern als Endurteil im Wege einer selbständigen Wiederaufnahmeklage nach § 578 anzufechten.

(71) vergl. hierzu II, B, 6 dieser Arbeit;

(72) Rosenberg § 154, III, 1;

(73) Rosenberg § 154, III, 1;

d.) Liegt ein formell rechtskräftiges Zwischenurteil einer unteren Instanz vor, so taucht die Frage auf, wie der durch das Zwischenurteil entschiedene Streitstoff vor das höhere Gericht kommt, das das Endurteil zu erlassen und nunmehr nach § 584 im iudicium rescissorium über den gesamten Rechtsstreit zu entscheiden hat.

Es handelt sich um das Problem, wie das höhere Gericht mit dem Streitstoff, über den ein unteres Gericht bereits rechtskräftig entschieden hat, "befaßt" wird, mit andern Worten, wie der Streitstoff der vorausgegangenen Entscheidung einer unteren Instanz bei der höheren Instanz "anhängig" wird (74). Die Anhängigkeit auch des durch das Zwischenurteil erledigten Streitstoffs beim höheren Gericht des Endurteils, dem Wiederaufnahmegericht also, ist deshalb erforderlich, weil dieses Gericht im iudicium rescissorium auch über den dem Zwischenurteil der unteren Instanz zugrundeliegenden Streitstoff verhandeln und entscheiden muß.

Vertritt man die Ansicht, sowohl die Vorabentscheidung oder das Vorbehaltsurteil als auch das Endurteil des Nachverfahrens seien mit der Wiederaufnahmeklage selbständig anfechtbar, scheint diese Frage nicht aufzutreten, weil im Wiederaufnahmeverfahren nach § 584 das erstinstanzliche Gericht nur über den "bei ihm anhängigen" Streitstoff des Zwischenurteils, etwa den Anspruchsgrund (§ 304) oder die Klageforderung (§ 302), und das Berufungsgericht nur über den bei ihm anhängigen Streitstoff des Endurteils, den Anspruchsbetrag (§ 304) oder die Aufrechnung (§ 302) verhandeln und entscheiden würde.

Die Lösung der Frage bedarf einiger grundsätzlicher Ausführungen. Ein Endurteil beendet mit seiner formellen Rechtskraft die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes und auch die Anhängigkeit des gesamten Streitstoffs, mit dem das Gericht befaßt war. Wird vor formeller Rechtskraft des Endurteils ein Rechtsmittel eingelegt, so werden auf Grund des Devolutiveffekts der Rechtsmittel der Streitgegenstand des Vorprozesses sowie der gesamte Streitstoff des Vorprozesses bei dem Berufungsrecht anhängig. Das Gegenteil ist allerdings die wohl herrschende Meinung (75).

Nach ihr bestimmen sich die Grenzen des Devolutiveffektes nach den Parteienanträgen gemäß §§ 525, 536, 537, 559. Danach würden vor dem höheren Gericht nur die angefochtenen "Streitpunkte" anhängig, der übrige Streit-

(74) zur Definition der "Anhängigkeit" vergl. N. 45;

(75) Stein-Jonas-Schönke-Pohle Einf. V vor § 511; Baumbach-Lauterbach § 525, 1 "Anfallwirkung" und Grundz. 1C vor § 511 und § 537, 1;

stoff aber verbliebe in der unteren Instanz. Diese Auffassung führt jedoch zu einer nahezu beliebigen Teilbarkeit des Devolutiveffekts, und das Berufungs- oder Revisionsgericht könnte konsequenterweise nur über die bei ihm anhängigen einzelnen "Streitpunkte" (§ 537) des Vorprozesses entscheiden. Die Entscheidung wäre ihrer Natur nach immer und notwendig ein "Zwischenurteil". Das aber kann sie zweifellos nicht sein. Das Urteil des Rechtsmittelgerichts entscheidet vielmehr als Endurteil die Rechtshängigkeit beendend über den "zuerkannten oder aberkannten (prozessualen) Anspruch" (76), den Streitgegenstand des Vorprozesses (§ 537). Es entscheidet weiterhin die gesamte Anhängigkeit beendend über den gesamten Streitstoff - auch den gemäß §§ 525, 536, 537, 559 nicht angefochtenen - des Vorprozesses. Dieser wird zwar nur im Rahmen der Parteianträge erneut verhandelt, nachgeprüft und beurteilt, wird aber gleichwohl Grundlage der Rechtsmittelentscheidung. § 537 insbesondere bestimmt also nur den Umfang der Neuverhandlung und erneuten Beurteilung des Streitstoffs, über den Umfang des Devolutiveffekts, der Rechts- und Anhängigkeit besagt er aber nichts (77).

Die Grenzen des Devolutiveffekts bestimmen sich dagegen nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes bzw. der Rechtshängigkeit des Vorprozesses. Wird also ein Urteil nur bezüglich eines von mehreren Streitgegenständen oder nur bezüglich eines quantitativen Teils eines Streitgegenstandes angefochten, so wird vor dem höheren Gericht nur dieser eine Streitgegenstand oder nur der quantitative Teil eines solchen rechtshängig und nur der diesem rechtshängigen Streitgegenstand oder der diesem rechtshängigen Teil eines solchen zugrundeliegende Streitstoff vor dem höheren Gericht anhängig. Der übrige Teil wird formell rechtskräftig.

Wird ein Endurteil nach § 578 mit der Wiederaufnahmeklage angefochten, so wird der Streitgegenstand des Endurteils mit dessen rechtskräftiger Aufhebung im iudicium rescindens rückwirkend wieder rechtshängig und der gesamte Streitstoff des Vorprozesses wieder rückwirkend anhängig (78). Zu einer teilweisen Rechtshängigkeit und Anhängigkeit kann es, wie im Rechts-

(76) abgesehen von der Frage, ob das Rechtsmittelverfahren zwei untrennbar verbundene Streitgegenstände beinhaltet, einen des iudicium rescindens und einen des iudicii rescissorium wie das Wiederaufnahmeverfahren, vergl. hierzu II, B, 7 der Arbeit;

(77) a. A. Baumbach-Lauterbach § 537, 1;

(78) vergl. II, B, 7 und II, D, 3 dieser Arbeit;

mittelverfahren, nur dann kommen, wenn das angefochtene Endurteil nur in Bezug auf einen von mehreren Streitgegenständen oder einen quantitativen Teil eines Streitgegenstandes aufgehoben wird, womit der übrige Teil formell rechtskräftig bleibt. Entsprechend dem Rechtsmittelverfahren unterliegt die Neuverhandlung im iudicium rescissorium jedoch wieder den Beschränkungen der §§ 525, 536, 537, 559 und anderen Einschränkungen (79).

Fraglich bleibt, wie es sich mit der Anhängigkeit des Streitstoffs der "vorausgegangenen Entscheidungen" des § 583 verhält, zunächst mit der des unstreitig unter § 583 fallenden Zwischenurteils nach § 303.

Wird das nicht selbständig anfechtbare Zwischenurteil des § 303 nach §§ 512, 548 mit dem Endurteil zusammen angefochten, so wird auf Grund des Devolutiveffekts der Streitgegenstand des Vorprozesses vor dem höheren Gericht rechtshängig. Der Devolutiveffekt bewirkt weiterhin die Anhängigkeit des gesamten Streitstoffs - auch des dem Zwischenurteil zugrundeliegenden - vor der höheren Instanz, und zwar auch dann, wenn die Parteien gemäß §§ 525, 536, 537, 559 das Zwischenurteil im Rechtsmittelverfahren nicht angreifen. Nach der wohl herrschenden Ansicht würde der dem Zwischenurteil zugrundeliegende Streitstoff dagegen in der unteren Instanz verbleiben, obwohl sich die Rechtsmittelentscheidung - nicht die Verhandlung und die erneute Beurteilung - auch dann auf den durch das Zwischenurteil erledigten Streitstoff erstreckt.

Ist das Zwischenurteil nach §§ 512, 548 angefochten so kann nach §§ 538, 539, 565 auch keine Zurückverweisung nur des Streitstoffs des Zwischenurteils erfolgen, weil dann in der unteren Instanz wiederum nur ein Zwischenurteil ergehen könnte. Nach §§ 538, 539, 565 ist dagegen die "Sache", d.h. der Streitgegenstand und der gesamte diesem zugrundeliegende Streitstoff in die untere Instanz zurückzuverweisen, wenn sie dort auch nur beschränkt erneut verhandelt wird. Der Streitstoff des Zwischenurteils ist deshalb wie der übrige Streitstoff stets in derselben Instanz abhängig.

Wird nunmehr im Wiederaufnahmeverfahren ein Endurteil, dem ein Zwischenurteil nach §§ 303 vorausgegangen ist, nach § 578 angefochten und ist nur das Endurteil von den Anfechtungsgründen betroffen, so ist nur das Endurteil aufzuheben. Mit dessen rechtskräftiger Aufhebung wird rückwirkend der Streitgegenstand rechtshängig und der gesamte Streitstoff, auch

(79) vergl. III, D dieser Arbeit;

der des nicht aufgehobenen Zwischenurteils (80), wieder rückwirkend anhängig. Nur ist der durch das nichtaufgehobene Zwischenurteil erledigte Streitstoff im iudicium rescissorium von der Neuverhandlung ausgeschlossen, was sich mit der fortbestehenden formellen Rechtskraft des Zwischenurteils erklären läßt (81). Die Neuentscheidung erstreckt sich jedoch auch auf diesen nicht erneut beurteilten Streitstoff.

Ist dagegen das Zwischenurteil nach § 303 selbst von den Anfechtungsgründen betroffen, so richtet sich die Wiederaufnahmeklage nach § 583 ebenfalls gegen das Endurteil; bei Bejahung der abstrakten Kausalität im erörterten Sinne erstreckt sich die Anfechtung jedoch kraft Gesetzes auf das Zwischenurteil, das dann aufzuheben ist.

Jedoch wird nicht durch die Aufhebung des Zwischenurteils der diesem zugrundeliegende Streitstoff rückwirkend anhängig (82) und durch die Aufhebung des Endurteils der übrige, sondern der gesamte Streitstoff durch die Aufhebung des Endurteils. Der gesamte Streitstoff wird damit wieder rückwirkend "unerledigt" und ist im iudicium rescissorium erneut zu verhandeln und zu entscheiden.

Fraglich bleibt schließlich, wie es sich mit der Anhängigkeit der selbständig anfechtbaren Zwischenurteile der §§ 275, 304, 302, 599 verhält, wenn man eine Anfechtung dieser Zwischenurteile als "vorausgegangene Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz" nur nach § 583 zuläßt.

Ein solches Zwischenurteil beendet trotz seiner formellen Rechtskraft weder die Rechtshängigkeit eines Teils des Streitgegenstandes noch die Anhängigkeit des ihm zugrundeliegenden Streitstoffs. Es "erledigt" nur diesen Streitstoff vorweg, d.h. dieser unterliegt im Nachverfahren keiner erneuten Beurteilung.

Gleichwohl bleibt der gesamte Streitstoff - auch der des Zwischenurteils - anhängig. Über den gesamten Streitstoff entscheidet erst das Endurteil, das bei Stattgeben der Klage den durch das Zwischenurteil erledigten Streitstoff seiner Entscheidung zugrundelegt oder aber die Klage abweist und damit die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes und die Anhängigkeit des ge-

(80) Das Zwischenurteil hat die Anhängigkeit seines Streitstoffs nicht beendet, sondern das Endurteil. Nur mit dessen Aufhebung kann dann der gesamte Streitstoff anhängig werden.

(81) vergl. III, Á der Arbeit;

(82) vergl. N. 80;

samen Streitstoffs in der Instanz endgültig beendet.

Liegt ein formell rechtskräftiges Zwischenurteil vor und wird gegen das Endurteil ein Rechtsmittel eingelegt, so bewirkt der Devolutiveffekt die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes und die Anhängigkeit des gesamten Streitstoffs in der höheren Instanz. Auch mit dem durch ein formell rechtskräftiges Zwischenurteil erledigten Streitstoff wird das höhere Gericht "befaßt", weshalb dieses entweder den erledigten Streitstoff seiner Entscheidung zugrundelegt oder aber mit Abweisung der Klage die Anhängigkeit des gesamten Streitstoffs beendet.

Durch den Devolutiveffekt wird also nicht nur der Streitstoff der Zwischenurteile nach § 303, der Beschlüsse und Verfügungen, sondern auch derjenige der selbständig anfechtbaren oder unanfechtbaren Entscheidungen (83) vor dem höheren Gericht anhängig, nur unterliegt der Streitstoff der selbständig anfechtbaren oder unanfechtbaren Entscheidungen gemäß §§ 512, 548 nicht "der Beurteilung" des Rechtsmittelgerichts. Auch die §§ 512, 548 stellen deshalb bezüglich des Devolutiveffekts und der Anhängigkeit keine Grenzen auf.

Im Wiederaufnahmeverfahren verhält es sich mit der Anhängigkeit ebenso, wie es zur mittelbaren Anfechtung der Zwischenurteile des § 303 dargelegt wurde.

Ist nur das Endurteil von den Anfechtungsgründen betroffen, so ist nur dieses aufzuheben, womit rückwirkend der gesamte Streitgegenstand rechtshängig und der gesamte Streitstoff - auch derjenige der selbständig anfechtbaren Zwischenurteile, und zwar auch derjenige der Zwischenurteile einer "unteren Instanz" - rückwirkend wieder anhängig wird. Mit dem gesamten Streitstoff wird also dasjenige Gericht befaßt, daß das Endurteil erlassen hat.

Der mit formeller Rechtskraft des nicht aufgehobenen Zwischenurteils derselben oder einer unteren Instanz erledigte Streitstoff unterliegt aber im *iudicium rescissorium* keiner erneuten Beurteilung.

Soweit § 583 von vorausgegangenen Entscheidungen einer "unteren Instanz" spricht, besagt dies also nicht etwa, daß der Streitstoff dieser Entscheidungen in der unteren Instanz verblieben ist, sondern nur, daß eine untere Instanz diese Entscheidungen erlassen hat.

(83) zum Geltungsbereich der §§ 512, 548; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 512, I; Baumbach-Lauterbach § 512, 1;

Ist dagegen die vorausgegangene Entscheidung der §§ 275, 304, 302, 599 selbst von den Anfechtungsgründen betroffen, so ist das Endurteil, auch das einer höheren Instanz, anzufechten und das Zwischenurteil aufzuheben (§ 583). Durch die Aufhebung des Zwischenurteils wird aber nicht der ihm zugrundeliegende Streitstoff anhängig, weil es dessen Anhängigkeit trotz formeller Rechtskraft nicht beendet hat.

Der gesamte Streitstoff wird vielmehr durch den mit der Aufhebung des Zwischenurteils eintretenden ipso iure-Wegfall des Endurteils wieder rückwirkend anhängig und unerledigt und unterliegt der neuen Beurteilung im iudicium rescissorium.

Somit steht auch das Problem der Anhängigkeit einer Anwendung des § 583 auf die Zwischenurteile der §§ 275, 304, 302, 599 nicht im Wege. Die hier dargelegten rechtssystematischen Erwägungen sprechen im Gegenteil sogar für eine Anfechtung nur nach § 583. Diese Vorschrift regelt die Frage der Anfechtbarkeit der Vorbehaltsurteile und Vorabentscheidungen entgegen einer verbreiteten Meinung (84) in ausreichender Weise (85).

e.) Fraglich bleibt jedoch, wie es sich mit der Anfechtungsmöglichkeit der Zwischenurteile der §§ 275, 304, 302, 599 verhält, wenn diese nicht von demselben oder einem Gericht einer unteren Instanz, sondern einem höheren erlassen wurden.

Ist das Vorbehaltsurteil oder die Vorabentscheidung einer höheren Instanz noch nicht formell rechtskräftig, so sind die Wiederaufnahmegründe ohne Rücksicht auf den Stand des Nachverfahrens durch Rechtsmittel gegen diese Zwischenurteile geltend zu machen (86).

Ist das Zwischenurteil formell rechtskräftig, das Nachverfahren noch nicht eingeleitet oder zwar eingeleitet, aber noch nicht rechtskräftig entschieden,

- (84) vergl. N. 58 und Hellwig § 241, II, S. 865 und § 238, I, 1b, S. 837; Förster-Kann § 578, 1;
- (85) Baumbach-Lauterbach § 578, 2, § 583, 1; Rosenberg § 154, III, 1; Nikisch § 129, II, 1 S. 507; Blomeyer § 106, I; Schoetensack S. 281 f; RG 89/119; unentschieden BGHNJW 59/1918 ff (1919); vergl. auch RG 35/412 ff;
- (86) vergl. N. 60;

so können die sich gegen das Zwischenurteil richtenden Wiederaufnahmegründe jedoch nicht im Nachverfahren geltend gemacht werden. Dies verbietet nicht die innerprozessuale Bindungswirkung oder die Präklusionswirkung dieser Urteile, sondern der allgemeine Grundsatz, daß eine untere Instanz nicht über das Verfahren einer höheren urteilen und deren Urteil aufheben darf. Die untere Instanz kann aber auch deshalb hierüber nicht entscheiden, weil der dem Zwischenurteil zugrundeliegende Prozeßstoff gar nicht vor dem unteren Gericht des Nachverfahrens anhängig ist.

Nach der wohl herrschenden Ansicht (87) bewirkt der Devolutiveffekt die Anhängigkeit des dem Zwischenurteil zugrundeliegenden Streitstoffs vor dem höheren Gericht, so daß der unteren Instanz nur die Entscheidung über den noch unerledigten Streitstoff verbleibt.

Nach der hier vertretenen Ansicht gelangt bei Rechtsmitteleinlegung gegen das Zwischenurteil der gesamte Streitgegenstand und der gesamte Streitstoff vor das höhere Gericht. Dieses hat in den Fällen der §§ 275, 304, 302, 599 die "Sache", d. h. den gesamten Streitstoff, erforderlichenfalls nach § 538 Nr. 2-4 in die untere Instanz zurückzuverweisen. Es kann jedoch durch Endurteil auch selbst über den Streitgegenstand und den gesamten Streitstoff endgültig entscheiden, d. h. durch ein die Rechtshängigkeit und die gesamte Anhängigkeit beendendes Urteil beispielsweise wegen Verneinung des Grundes nach § 304 die Klage abweisen oder nach § 540 über den Betrag entscheiden (88), der Klage also stattgeben.

Der Umstand, daß gleichzeitig in der Berufungsinstanz über die Berufung gegen ein Zwischenurteil, in der ersten Instanz aber über die "Hauptsache" verhandelt und entschieden werden kann, steht der Annahme, mit Rechtsmitteleinlegung falle der gesamte Streitstoff dem höheren Gericht an, nicht im Wege (89).

Die gleichzeitige Rechts- und Anhängigkeit im Nachverfahren ist nur eine bedingte. Beendet das Zwischenurteil der höheren Instanz durch Endurteil die Rechts- und Anhängigkeit, so wird dem Nachverfahren in der Hauptsache "endgültig der Boden entzogen" (90). Das Verfahren endet deshalb von selbst, weil seine Rechts- und Anhängigkeit entfällt.

Ist inzwischen bereits ein Endurteil ergangen, entfällt auch dieses ipso iure.

(87) Baumbach-Lauterbach § 538, 3, B, C, E; RG 70/179 ff (183, 185);

(88) Baumbach-Lauterbach § 540, 1, § 538, 3, F;

(89) so wohl RG 70/179 ff (183);

(90) Schiedermaier, JUS 61/212 ff (214) m. w. N; vergl. auch Mattern JZ 60/1 ff;

Liegt also ein formell rechtskräftiges Zwischenurteil einer höheren Instanz vor, so können die dieses Urteil betreffenden Anfechtungsgründe aus dargelegtem Grunde nicht im Nachverfahren geltend gemacht werden; einmal weil dies dem Grundsatz, daß ein unteres Gericht nicht über das Verfahren eines höheren aburteilen darf, widerspricht, zum andern, weil vor dem Gericht des Nachverfahrens der dem Zwischenurteil zugrundeliegende Streitstoff gar nicht anhängig ist.

Die das Zwischenurteil einer höheren Instanz betreffenden Wiederaufnahmegründe sind deshalb im Wege einer selbständigen Wiederaufnahmeklage gegen das Zwischenurteil geltend zu machen.

Mit Aufhebung des angefochtenen Zwischenurteils wird jedoch rückwirkend weder der dem Zwischenurteil zugrundeliegende Streitstoff anhängig (91) noch der gesamte Streitstoff des Rechtsstreits. Ebensowenig wird der Streitgegenstand rückwirkend rechtshängig.

Hat nämlich im Rechtsmittelverfahren gegen das Zwischenurteil das höhere Gericht nicht die Rechts- und Anhängigkeit beendend über den gesamten Streitgegenstand und Streitstoff entschieden, sondern wiederum ein Zwischenurteil erlassen, so hat dieses Zwischenurteil seiner Rechtsnatur gemäß weder die Anhängigkeit noch die Rechtshängigkeit beendet (92). Solange noch kein formell rechtskräftiges Urteil des Nachverfahrens vorliegt, ist der Streitgegenstand noch rechtshängig und der gesamte Streitstoff nach anhängig, nur ist der mit formeller Rechtskraft des Zwischenurteils erledigte Streitstoff bis zu dessen Aufhebung einer erneuten Beurteilung nicht zugänglich. Nach dessen Aufhebung kann das Wiederaufnahmegericht hierüber wie über den gesamten Streitstoff gemäß §§ 538, 540 verhandeln und entscheiden.

Sind schließlich die Zwischenurteile einer höheren Instanz und das Endurteil einer unteren Instanz formell rechtskräftig, so können die sich gegen das Zwischenurteil richtenden Wiederaufnahmegründe nicht im Wege einer Wiederaufnahmeklage gegen das Endurteil nach § 583 geltend gemacht werden, und zwar wiederum wegen des Grundsatzes, daß ein unteres Gericht nicht über das Verfahren einer höheren Instanz urteilen darf. Aus diesem Grunde hat auch der Gesetzgeber (93) § 583 auf die vorausgegangenen Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz beschränkt. Die Wie-

(91) so wäre es nach der Ansicht der wohl h. M.;

(92) vergl. II, A, 6, a, der Arbeit und N. 80-82;

(93) Motive S. 382 unter § 522;

deraufnahmegründe sind deshalb auch hier im Wege einer selbständigen Wiederaufnahmeklage gegen das Zwischenurteil geltend zu machen, wie es die Ansicht der herrschenden Meinung ist (94).

Im Wiederaufnahmeverfahren wird dann, wie bereits dargelegt, nicht mit Aufhebung des Zwischenurteils der diesem zugrundeliegende Streitstoff anhängig und mit dem ipso iure-Wegfall des Endurteils der übrige, sondern durch den ipso iure-Wegfall des Endurteils der gesamte Streitstoff rückwirkend anhängig und der Streitgegenstand rechtshängig, weil erst das Endurteil die Rechts- und Anhängigkeit insgesamt beendet hat.

Die notwendige selbständige Anfechtbarkeit der Zwischenurteile einer höheren Instanz stellt sich sowohl nach rechtssystematischen Gesichtspunkten als auch nach § 583 als eine Ausnahmeregelung dar, die hier aus ganz besonderen Gründen geboten ist und nicht den Schluß zuläßt, alle Vorabentscheidungen und Vorbehaltsurteile seien stets selbständig anfechtbar.

Wie dargelegt, steht das Wiederaufnahmeverfahren unter folgenden rechtssystematischen Gesichtspunkten :

Das die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung aussprechende Urteil ist ein prozessuales Gestaltungsurteil mit rückwirkender Kraft (95). Es beseitigt mit Eintritt seiner formellen Rechtskraft das angefochtene Urteil nicht nur in seinen Wirkungen (z. B. formelle und materielle Rechtskraft, innerprozessuale Bindungswirkung, Präklusionswirkung), sondern auch in seinem Bestande. Der Sache nach wird es zu einem "Nichturteil", es ist also von Anfang an als nicht existent zu betrachten (96). Wie im folgenden noch näher ausgeführt wird, wird durch die rechtskräftige Aufhebung rückwirkend der Streitgegenstand des angefochtenen Urteils rechtshängig und sein gesamter Streitstoff anhängig. Gleichzeitig wird durch die Aufhebung das Verfahren des Hauptprozesses durch Herstellung der Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und iudicium rescissorium eröffnet.

Bei einer selbständigen Anfechtung und Aufhebung der Vorbehaltsurteile und Vorabentscheidungen hätte das aufhebende Urteil diese Wirkungen nicht. Denn diese Zwischenurteile beenden weder die Rechtshängigkeit und Anhängigkeit, noch das Verfahren. Zu einer "Wiederaufnahme" des

(94) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 583, II; Baumbach-Lauterbach § 583, 1, u. a. ;

(95) BGHNJW 54/1523; BGHZ 18/350 ff (357 f); Rosenberg § 154, II, 1; Lent-Jauernig § 76, I;

(96) Jauernig, Das fehlerh. Zivilurteil, S. 133, § 11, II, 1 und 2; BGHZ 18/350 ff (357 f);

Verfahrens käme es nicht, weil die Zwischenurteile trotz ihrer formellen Rechtskraft das Verfahren nicht - auch nicht teilweise - abgeschlossen haben.

Die auf systemfremden Umständen beruhende notwendige Ausnahmeregelung einer selbständigen Anfechtbarkeit der Zwischenurteile einer höheren Instanz läßt eine Verallgemeinerung daher nicht zu.

7.) Zusammenfassend bleibt also bezüglich der anfechtbaren und aufheb-
baren Urteile folgendes festzustellen:

Mit der Wiederaufnahmeklage sind mit Ausnahme der selbständig anfecht-
baren Zwischenurteile einer höheren Instanz generell nur solche Urteile ge-
mäß § 578 selbständig anfechtbar, die sachlich oder prozessual über den
ganzen oder einen quantitativen Teil des S t r e i t g e g e n s t a n d e s
entscheiden und im selben Umfang die R e c h t s h ä n g i g k e i t, die
A n h ä n g i g k e i t und das V e r f a h r e n in der Instanz beenden.

B.) Die Notwendigkeit der Aufhebung und die Möglichkeit einer Bestäti-
gung oder Aufrechterhaltung

Die Bejahung der Wiederaufnahmegründe und gegebenenfalls der Kausalität
(§ 580) führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Es
erhebt sich die Frage, ob in bestimmten Fällen von einer Aufhebung abge-
sehen werden kann.

Die überwiegende Meinung (97) sieht von einer Aufhebung dann ab, wenn
die Neuverhandlung im iudicium rescissorium zu dem gleichen Ergebnis wie

(97) Baumbach-Lauterbach § 590, 3, A, u. Übers. 3 A vor § 578; Stein-Ionas-
Schönke-Pohle § 590, IV, 1; Wieczorek § 578, B, II, d, 1, § 590, D, II, c,
1; analog § 563 (?) und § 343; Blomeyer § 106, V; Zeuner MDR 60/85
ff (88); Neukamp § 590, 1;

der Hauptprozeß führt, sei es auch aus anderen Gründen. Sie hält eine Bestätigung in diesen Fällen deshalb für möglich, weil es nutzlos sei, die Aufhebung und die Ersetzung auszusprechen, also aus rein prozeßökonomischen Gründen. Für die Bestätigung zieht sie als Rechtsgrundlage zum großen Teil § 343 analog heran. Von der überwiegenden Meinung wird unter den genannten Voraussetzungen eine Bestätigung insbesondere bei Gestaltungsurteilen befürwortet. Bei diesen nämlich würde durch die rechtskräftige Aufhebung rückwirkend diejenige Rechtslage wiederhergestellt, die vor Rechtskraft des angefochtenen Urteils bestand. So würde eine Ehe durch die Aufhebung des Scheidungsurteils trotz zwischenzeitlicher Wiederverheiratung einer Partei von Anfang an bis zur Rechtskraft des erneuten Scheidungsurteils im iudicium rescissorium wiederhergestellt. Bei Aufhebung eines die OHG nach §§ 131, 133 HGB auflösenden Urteils würde die Gesellschaft trotz zwischenzeitlich beendeter Liquidation weiterbestehen (98). Die sich in der Regel an die Rechtskraft eines Gestaltungsurteils anknüpfenden außerprozessualen Folgen, wie die Eintragungen ins Handels- oder Geburtsregister, würden rückwirkend unrichtig. Nach der überwiegenden Ansicht sollten daher solche "faktischen Ergebnisse" nicht verändert und die Rechtskraft nicht zerstört werden, wenn das neue Urteil nicht irgendwie gegensätzlich entscheide. Aus einem nur "formalen Grunde" (99) solle deshalb keine Aufhebung erfolgen.

1.) Dieser Ansicht ist zunächst entgegenzuhalten, daß sich die Notwendigkeit einer Aufhebung aus praktischen Erwägungen ergeben kann.

Wie Förster-Kann (100) zutreffend ausführt, ist eine Aufrechterhaltung in den Fällen irreführend, in welchen sich die neue Entscheidung auf einen im Wege einer Klageänderung in das iudicium rescissorium eingeführten neuen Tatbestand gründet. Er erwähnt hierzu aber als Beispiel den Fall, daß das Scheidungsurteil wegen eines im Wiederaufnahmeverfahren neu geltend gemachten zehn Jahre nach dem ersten Urteil begangenen Ehebruchs aufrechterhalten würde. Das Beispiel ist schlecht gewählt. Einmal handelt es sich wegen des einheitlichen Streitgegenstandes in Ehesachen (101)

(98) Blomeyer § 106, V, m. w. N. . . streitig;

(99) Wieczorek § 590, B, II, d, 2;

(100) Förster-Kann § 590, 3;

(101) vergl. II, C, 3 der Arbeit;

um keine Klageänderung. Zum andern betrachtete sich der "Ehebrecher" zum Zeitpunkt der Begehung des "Ehebruchs" doch noch als geschieden. Es würde somit am subjektiven Tatbestand dieses neu vorgebrachten Scheidungsgrundes fehlen.

Als Beispiel ließe sich der Fall anführen, in dem ein auf Geisteskrankheit gestütztes Scheidungsurteil wegen einer später im Wiederaufnahmeverfahren neu geltend gemachten ansteckenden Krankheit des Partners (§ 46 EheG) aufrechterhalten würde. Die Aufrechterhaltung wäre irreführend (102). Auch mit Rücksicht auf eine noch nicht beendete Zwangsvollstreckung kann eine ausdrückliche Aufhebung geboten sein (103).

2.) Diese praktischen Erwägungen gebieten jedoch nicht generell eine Aufhebung, ebensowenig wie bei den Restitutionsklagen der Umstand, daß die Restitutionsgründe "für jedermann augenscheinlich", "evident" (104), die Unrichtigkeit des angefochtenen Urteils urkundlich erweisen. Die Aufrechterhaltung des unrichtigen Urteils, wenn auch aus andern Gründen, würde zwar möglicherweise das "Vertrauen", das der Richtigkeit des Urteils und damit der Rechtspflege vom Betroffenen wie von der Allgemeinheit entgegengebracht wird, "erschüttern". Die Aufhebung würde sich dann als "Bewährung der objektiven Rechtsordnung" darstellen und hätte "Befriedigungsfunktion" (105). Die Notwendigkeit einer Aufhebung folgt aber nicht zwingend aus diesen Gedanken.

3.) Gegen die überwiegende Meinung könnte sprechen, daß das angefochtene Urteil aufzuheben ist, wenn die Partei bei durchgreifenden Anfechtungsgründen die Aufhebung ausdrücklich begehrt.

Die Dispositionsbefugnis der Parteien muß jedoch als entscheidender Grund für die Notwendigkeit der Aufhebung ausscheiden, weil die Frage der Wirksamkeit eines Staatsaktes, seiner Vernichtbarkeit und der Durchbrechung der Rechtskraft nicht im Belieben der Parteien stehen kann. Mit Ansehen

(102) vgl. Hellwig § 241 VI, 2a, S. 875 und F. 59;

(103) Förster-Kann § 590, 3;

(104) Gaul S. 83 f;

(105) vergl. Bruns FamRZ 57/101 ff (102);

und Aufgabe der Rechtspflege (106) wie mit prozeßrechtlichen Grundsätzen wäre dies unvereinbar. Aus denselben Erwägungen heraus erfolgt im übrigen auch die Prüfung der Anfechtungsgründe von Amts wegen, und ist nach § 581 Abs. II der Antrag auf Parteivernehmung als Feststellungsmittel ausgeschlossen (107).

4.) Auch das Bedenken, daß eine Frage des *iudicium rescindens* nicht vom Ergebnis des nachfolgenden *iudicium rescissorium* abhängig gemacht werden darf, rechtfertigt in dieser Allgemeinheit die Notwendigkeit einer generellen Aufhebung nicht, zumal es Fälle gibt, in denen der Umfang der Aufhebung vom Umfang des Betroffenseins nach § 590 Abs. I, einer Frage des *iudicium rescissorium* also, abhängig gemacht werden kann und sogar muß (108). Entscheidender ist in diesem Zusammenhang das Argument Jauernigs (109), der "stufenförmige Aufbau des Wiederaufnahmeverfahrens" zwingt bereits zu einer Aufhebung. Denn jede Entscheidung über den nachgeordneten Verfahrensabschnitt setze eine positive Entscheidung über den vorausgegangenen voraus, auch wenn es dem Gericht freistehe, von der Anordnung abgesonderter Verhandlung (§ 590 Abs. II) abzusehen, über Zulässigkeit, Grund und Hauptsache einheitlich zu verhandeln und die Aufhebung erst im Endurteil auszusprechen. Die Aufhebung des angefochtenen Urteils sei nicht Selbstzweck. Sie diene dazu, die Verbindung zwischen dem *iudicium rescissorium* und dem alten Rechtsstreit, sowie die Verbindung zwischen dem *iudicium rescissorium* und dem *iudicium rescindens* herzustellen.

Eine Aufhebung ist also generell deshalb notwendig, um überhaupt "den Weg zu einer erneuten Verhandlung" (110), und unter Herstellung der Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und Wiederaufnahmeverfahren den Weg zu einem erneuten Verfahren, zur Verfahrensfortsetzung, zu eröffnen.

(106) vergl. Baumbach-Lauterbach, Übers. 3a vor § 578;

(107) N. 106 und Stein, Grundriß, § 113, III, 1, S. 322; Jaeger § 59, I; S. 146; Hellwig § 241, II, 4, S. 867; Kleinfeller § 129, IV, 4, S. 518; dagegen für Verhandlungsinaxime bei Restitutionsgründen: Schmidt § 127, IV, S. 813;

(108) vergl. II, D, 3 der Arbeit;

(109) Jauernig, Das fehlerh. Zivilurteil, § 11, I, 2, S. 133 und FamRZ 61/100 f; siehe auch Schiedermaier in Festschr. f. H. Dölle, S. 352;

(110) Stein, Grundriß, § 113, III, 2, S. 322; Hellwig § 241, I, S. 864; abweichend Schoetensack S. 281: "neue Verfahrenseinheit";

5.) Hellwig (111) begründet zu Recht die Notwendigkeit einer generellen Aufhebung weiterhin damit, daß bis zur Aufhebung des Urteils einer neuen Verhandlung - besser einer neuen Entscheidung - die "Rechtskraft" des alten Urteils entgegenstehe. Hieran dürfe man sich nicht dadurch irremachen lassen, daß die Aufhebung vom Gericht nicht vorher urteilsmäßig ausgesprochen sein müsse.

Das Argument Hellwigs wird allerdings dann abgeschwächt, wenn man der Auffassung folgen würde, daß die materielle Rechtskraft nicht als negative Prozeßvoraussetzung jegliche Neuentscheidung verhindert (ne bis in idem), sondern nur eine abweichende; denn damit wäre eine Bestätigung mit Einschränkungen möglich.

6.) Fraglich bleibt weiterhin, ob eine Aufhebung nicht nur zur Beseitigung der materiellen Rechtskraft, sondern auch der innerprozessualen Bindungswirkung des § 318 notwendig ist, die möglicherweise sonst eine abweichende Entscheidung im iudicium rescissorium verbietet. Kommt das Wiederaufnahmegesicht als das Gesicht, das die Vorentscheidung erlassen hat, im iudicium rescissorium - wenn auch aus andern Gründen - zum gleichen Ergebnis wie im Vorprozeß, so stünde einer Bestätigung der Vorprozeßentscheidung § 318 nicht entgegen, weil sich die Bindungswirkung nicht auf die tatsächlichen Unterlagen der Entscheidung erstreckt, sondern nur auf die ausgesprochene Rechtsfolge.

Jedoch auch wenn das Wiederaufnahmegesicht zu einer abweichenden Entscheidung käme, ist eine Aufhebung des angefochtenen Urteils nur zum Zwecke der Beseitigung der Bindungswirkung des § 318 nicht erforderlich. Denn wie die allgemein verwendete Bezeichnung "innerprozessuale Bindungswirkung" bereits besagt, wirkt § 318 nur innerhalb ein und desselben Verfahrens, also erst dann wenn durch Aufhebung des angefochtenen Urteils die Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und Wiederaufnahmeverfahren hergestellt ist, womit der alte Rechtsstreit erst wieder zur Entscheidung steht. Mit Aufhebung des angefochtenen Urteils wäre aber auch die Urteilswirkung des § 318 beseitigt.

Aus der Notwendigkeit der Beseitigung des § 318 kann die Notwendigkeit der Aufhebung daher nicht begründet werden. Zu bemerken bleibt nur, daß

(111) Hellwig § 241, I, 1 S. 864 und F. 2;

der als Ausnahme bezeichnete Satz (112), im Wiederaufnahmeverfahren sei das Gericht entgegen § 318 an seine Vorentscheidung nicht gebunden, keine "Ausnahme" darstellt. Denn § 318 kann v o r der Aufhebung nicht "innerprozessual" wirken und n a c h der Aufhebung deshalb nicht, weil die Bindungswirkung dann beseitigt ist.

7.) Das entscheidende Argument für die Notwendigkeit der generellen Aufhebung, das im übrigen mit den Argumenten Hellwigs und Jauernigs eng verknüpft ist, deutet Rosenberg (113) an. Er führt einmal aus, die rechtskräftige Bejahung des Wiederaufnahmegrundes führe dazu, daß das angefochtene Urteil mit rückwirkender Kraft aufgehoben werde. Zum andern legt er dar, insoweit der anerkannt Wiederaufnahmegrund reiche, werde die Hauptsache, d.h. der alte Rechtsstreit von neuem verhandelt und "seine Rechtshängigkeit und die im Hauptprozeß bestehende Verfahrensart" wiederhergestellt.

Mit der rechtskräftigen Aufhebung des angefochtenen Endurteils wird also rückwirkend der Streitgegenstand des Hauptprozesses wieder rechtshängig und der Rechtsstreit, d.h. der gesamte dem angefochtenen Endurteil zugrundeliegende Prozeßstoff wieder als unerledigt anhängig. Nicht jedoch wird, - wie man aus der Formulierung Rosenbergs schließen könnte -, der Streitgegenstand und der Streitstoff nur insoweit wieder rechts- bzw. anhängig, wie der Wiederaufnahmegrund reicht. Nur der Umfang der Neuverhandlung des gesamten anhängigen Streitstoffs im iudicium rescissorium richtet sich nach der Tragweite des Anfechtungsgrundes, wie noch eingehend dargelegt wird (114).

Die Aufhebung im Wiederaufnahmeverfahren zeigt danach bezüglich der Rechts- und Anhängigkeit im wesentlichen die gleichen Wirkungen wie der Devolutiveffekt in den Rechtsmittelverfahren.

Im Gegensatz hierzu vertritt aber Kleinfeller (115) die Ansicht, mit Zustellung der Klageschrift, mit Klageerhebung also, lebe die Rechtshängig-

(112) Rosenberg § 57, I, 2; Baumbach-Lauterbach § 318, 2;

(113) Rosenberg § 156, IV, 2 und 3;

(114) vergl. Schiedermaier, Festschr. f. H. Dölle, S. 350 unten;

(115) Kleinfeller § 129, IV, 1, S. 516 u. F. 9, S. 517;

keit der Streitsache in dem Umfang wieder auf, in dem sie ursprünglich bei dem Vorgericht eingetreten sei. Er bemerkt weiterhin jedoch richtig, von einem Eintritt der Rechtshängigkeit könne man nicht sprechen, weil man sonst Gegenstand und Umfang der Rechtshängigkeit nicht bezeichnen könne, da die Angabe der Streitsache nicht notwendig in der Klageschrift enthalten sei gemäß §§ 587, 588. Die Ansicht Kleinfellers begegnet schon deshalb erheblichen Bedenken, weil danach zwischen der Zustellung der Klageschrift und der Aufhebung des Urteils derselbe Streitgegenstand einerseits rechtskräftig abgeschlossen und andererseits rechthängig wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht müßte mit der Aufhebung eine doppelte Rechtshängigkeit entstehen, wollte man Kleinfeller insoweit folgen.

Insbesondere ist in der Auffassung Kleinfellers der Umstand nicht berücksichtigt, daß im Wiederaufnahmeverfahren nicht nur ein, sondern zwei Streitgegenstände rechtshängig sind. Wie Schiedermair (116) darlegt, ergibt sich bereits aus dem komplexen (objektiven) Klageziel der Wiederaufnahmeklage - Aufhebung und Neuentscheidung -, daß im Wiederaufnahmeverfahren zwei Streitgegenstände zur Entscheidung stehen. Diese sind jedoch in der Form der objektiven Klagehäufung kraft der gesetzlichen Bestimmung des § 590 Abs. II untrennbar verbunden, so daß eine Aufspaltung durch Abtrennung nach § 145 oder (selbständig anfechtbares) Teilurteil nach § 301 nicht möglich ist. Daher ist auch das Urteil, welches nach Bejahung der Zulässigkeit und des Grundes der Wiederaufnahmeklage das angefochtene Urteil aufhebt, entgegen der ganz überwiegenden Meinung in üblicher Terminologie kein Zwischenurteil nach § 303 (117), sondern in Wahrheit ein über einen Streitgegenstand entscheidendes, jedoch ausnahmsweise nicht selbständig anfechtbares "Endurteil". Ebenso ist das die Wiederaufnahmeklage wegen Verneinung der Zulässigkeit oder des Grundes abweisende Urteil ein Endurteil.

Mit der Erhebung der Wiederaufnahmeklage wird nun nur der Streitgegenstand rechtshängig, der allein durch die Angabe des angefochtenen Urteils und die Klageart nach § 587 bereits ausreichend konkretisiert und individualisiert ist. Dieser Streitgegenstand wird also, im Gegensatz zu dem einer Klage nach § 253, allein durch die "Rechtsfolgebehauptung der Aufhebung" (118), durch das "Aufhebungsbegehren" (119), das Begehren al-

(116) Schiedermair, Festschr. f. H. Dölle, S. 351;

(117) Rechtsnatur als Zwischenurteil bezweifelnd: RG GruchBeitr. 27/1074 f;

(118) Nikisch § 129, V, 1 und 2, S. 511;

(119) vergl. Rosenberg § 88, II zur Terminologie;

so, durch rechtsgestaltendes Urteil das frühere Urteil zu beseitigen, gekennzeichnet. Eine weitere Individualisierung durch den "Klagegrund", d.h. die Angabe einzelner Wiederaufnahmegründe, ist nicht erforderlich (120).

Dagegen wird der im iudicium rescissorium zur Entscheidung stehende Streitgegenstand nicht mit Klageerhebung erneut rechtshängig. Die Wiederaufnahmeklage ist keine Klage im Sinne der §§ 253 ff, sondern nur ein "Anhangprozeß", eine "außerordentliche Fortsetzung des Verfahrens" (121).

Im Gegensatz zu § 253 Abs. II Nr. 2 wäre bei Klageerhebung gemäß der Sollvorschrift des § 588 Abs. I Nr. 3 dieser weitere Streitgegenstand und damit die Rechtshängigkeit nur unzureichend durch das "Abänderungs- oder Neuentscheidungsbegehren" gekennzeichnet oder sogar überhaupt nicht. Bei Erhebung der ursprünglichen Klage dagegen war der Streitgegenstand und die Rechtshängigkeit gemäß der zwingenden Vorschrift des § 253 Abs. II Nr. 2 durch die im Antrag bezeichnete erstrebte Rechtsfolge, das Begehren, und den Klagegrund hinreichend bestimmt.

Dies spricht für die Richtigkeit der von Nikisch (122) vertretenen Ansicht, daß der zweite Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens mit dem des Hauptprozesses, dem "ursprünglich mit der Klage erhobenen prozessualen Anspruch" identisch (123) ist, zumindest grundsätzlich. Mit der rechtskräftigen Aufhebung des angefochtenen Urteils wird dieser Streitgegenstand des Hauptprozesses rückwirkend wieder rechtshängig. Der Streitgegenstand des iudicium rescissorium ist nur dann teilweise ein anderer, wenn das Endurteil nur in Bezug auf einen von mehreren Streitgegenständen oder nur in Bezug auf einen quantitativen Teil eines Streitgegenstandes angefochten und aufgehoben ist. Dann richtet sich der Umfang der Rechtshängigkeit nach dem der Aufhebung (124). Im übrigen ist jedoch der Streitgegenstand des iudicium rescissorium mit dem des Hauptprozesses völlig identisch. Allerdings kann dieser dann rechtshängige Streitgegenstand im iudicium rescissorium auf Grund der Dispositionsmaxime Änderungen erfahren (125).

(120) vergl. N. 141;

(121) Hellwig § 106, IV, und F. 8, S. 279, siehe auch § 241, I, 2 und II, 2, S. 864 f;

(122) Nikisch § 129, V, 1 und 2, S. 511;

(123) vergl. Schiedermair, Festschr. f. H. Dölle, S. 351; "vollkommene oder je nachdem teilweise Identität";

(124) vergl. II, D, 3 der Arbeit;

(125) vergl. III, D der Arbeit;

8.) Aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt sich bereits die Notwendigkeit einer generellen Aufhebung des angefochtenen Urteils. Nur der Vollständigkeit wegen sei die Frage der Analogien kurz erwähnt, die die überwiegende Ansicht zur Begründung heranzieht.

Der Fall des § 343, auf den sich die überwiegende Meinung immer wieder beruft, liegt deshalb anders, weil auch nach Einlegung des Einspruchs der Streitgegenstand noch rechtshängig und der Streitstoff noch anhängig ist (vergl. § 342). Die Bestätigung ergeht dort anders als im Wiederaufnahmeverfahren über den "rechtshängigen" Streitgegenstand. Das gleiche gilt für die praktizierten (126) Bestätigungen im Nachverfahren der §§ 302, 599. Auch sie ergehen innerhalb eines noch anhängigen und rechtshängigen Verfahrens. Eine Analogie ist daher zu verneinen, erst Recht zu § 373 StPO, weil es im Strafprozeß an einer entsprechenden Relation Streitgegenstand : Rechtshängigkeit : Rechtskraft fehlt.

9.) Zum Problem der Notwendigkeit der Aufhebung oder der Möglichkeit einer Bestätigung oder Aufrechterhaltung des angefochtenen Urteils ergibt sich daher zusammenfassend folgendes : Einer bestätigenden Entscheidung stände die Rechtskraft des nicht aufgehobenen Urteils entgegen. Zum andern würde sie zwar innerhalb des Wiederaufnahmeverfahrens schlechthin, aber außerhalb desjenigen Verfahrens ergehen, über das sie im iudicium rescissorium entscheidet, weil mangels der Aufhebung keine Verfahrenseinheit zwischen iudicium rescissorium und Hauptprozeß hergestellt und das Verfahren daher insoweit nicht eröffnet wurde. Möglicherweise wäre die Bestätigung deshalb, weil außerhalb ihres Verfahrens ergehend, sogar als "wirkungsloses" Urteil anzusehen (127).

Die bestätigende Entscheidung würde schließlich über einen Streitgegenstand, der nicht rechtshängig, und über einen Streitstoff entscheiden, der nicht anhängig ist. Die ausdrückliche Aufhebung des angefochtenen Urteils ist daher *stets* notwendig, wenn der geltendgemachte Wiederaufnahmegrund durchgreift (128).

(126) Baumbach-Lauterbach § 302, 4, B, § 600, 2, A;

(127) vergl. Jauernig, Das fehlerh. Zivilurteil, § 14, I, S. 150 und § 14, I, 3b, S. 154;

(128) im Ergebnis auch Nikisch § 130, III, 1, S. 515; Jaeger § 59, III, 5c; Lent-Jauernig, § 76, V;

C. Die Möglichkeit einer Abänderung und Ergänzung des angefochtenen Urteils ohne Ausspruch der Aufhebung.

Das Verbot einer Abänderung oder Ergänzung des angefochtenen Urteils ohne einen Ausspruch der Aufhebung ergibt sich bereits aus dem Vorangegangenen. Auf einen in Lehre und Rechtsprechung häufiger erörterten Sonderfall ist jedoch näher einzugehen.

1.) Das RG (129) und die ihm folgende Rechtsprechung und Lehre (130) halten bei der Wiederaufnahmeklage gegen ein Scheidungsurteil ohne Ausspruch der Aufhebung des angefochtenen Urteils eine "Abänderung des Schuldspruchs" oder eine "Scheidung auch auf Widerklage" unter "Abänderung des Schuldspruchs" für möglich.

Einer solchen Scheidung "auch auf Widerklage" liegt beispielsweise der Sachverhalt zugrunde, daß der auf Klage der Frau allein schuldig geschiedene Ehemann durch Vorlage einer Geburtsurkunde nach § 580 Nr. 7b im Wiederaufnahmeverfahren einen Ehebruch der Frau beweist, der zeitlich vor dem angefochtenen Scheidungsurteil lag und zu einer Scheidung auf Klage und Widerklage aus beiderseitigem Verschulden hätte führen müssen. Beantragt der Ehemann nunmehr in Wege einer Widerklage die Ehe aus beiderseitigem Verschulden zu scheiden, kann er im *iudicium rescissorium* einerseits seinen Ehebruch oder sonstigen Scheidungsgrund nicht bestreiten, so scheiden die Gerichte in Anbetracht der einschneidenden Folgen einer Aufhebung des Gestaltungsurteils der Scheidung unter Änderung des Schuldspruchs die bereits geschiedene Ehe nochmals "auch auf Widerklage". Wie man sich die zweimalige Gestaltung derselben Rechtslage vorzustellen habe, bleibt offen. Allerdings bejaht Kipp (131) die Möglichkeiten einer solchen Doppelscheidung, weil es eine reine Zweckmäßigkeitsfrage sei, inwieweit solche Doppelwirkungen anzuerkennen seien. Es handele sich nur um eine Bildersprache, wenn vom Entstehen und Untergehen von Rechten oder Rechtsverhältnissen die Rede sei. Kipp ist Recht zu geben, wenn er meint, eine "natürliche" Denkgesetzmäßigkeit verbiete eine Doppelscheidung nicht.

(129) RG 171/39 ff (40);

(130) OGHBrZNJW 50/65; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 615, II, 4; Hoffmann-Stephan § 52, 2, B; Baumbach-Lauterbach Übers. 2 vor § 578;

(131) Kipp, S. 211 ff, 230 f; vergl. Hildebrandt S. 62;

2.) Eine "juristische" Denkgesetzlichkeit könnte sie jedoch verbieten, und zwar zunächst der aus den §§ 614, 616 hergeleitete Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen. Dieser Grundsatz besagt, daß über die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe, sowie über deren Widerklagen und über die Schuld- oder Mitschuldfrage nur in einem einzigen Urteil entschieden werden darf (132).

Es ist allerdings umstritten, ob dieser Grundsatz auch im Wiederaufnahmeverfahren, namentlich im *iudicium rescindens* gilt. Die Geltung dieses Grundsatzes auch hier wird teilweise (133) damit begründet, daß das Wiederaufnahmeverfahren und der Scheidungsprozeß ein "einheitliches Verfahren" bildeten, wie sich aus den §§ 81, 178, 584 und insbesondere 590 Abs. II Satz 2 ergebe, wonach selbst im Falle der abgesonderten Verhandlung über Zulässigkeit und Grund der Wiederaufnahmeklage die Verhandlung zur Hauptsache als "Fortsetzung" der Verhandlung über Zulässigkeit und Grund anzusehen sei, weshalb also das gesamte Wiederaufnahmeverfahren als Ehesache in allen Stadien unter den Normen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Eheprozesses stehe.

Hieraus kann jedoch die Geltung des Grundsatzes im Wiederaufnahmeverfahren nicht gefolgert werden. Denn die "Verfahrenseinheit" zwischen Wiederaufnahmeverfahren und Hauptprozeß wird gerade erst durch die Aufhebung des angefochtenen Scheidungsurteils hergestellt, deren Notwendigkeit es erst noch zu begründen gilt.

Die Geltung des Grundsatzes im Wiederaufnahmeverfahren, namentlich im *iudicium rescindens*, läßt sich zunächst jedoch einfach damit rechtfertigen, daß keine durchgreifenden Gründe gegen seine uneingeschränkte Geltung ersichtlich sind. Der vom RG (134) gegebene Begründung, mit der es die Anwendung des Einheitlichkeitsgrundsatzes verneinte, kann nicht gefolgt werden. Das RG führt nämlich aus, der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen beruhe nur auf Zweckmäßigkeitsabwägungen, nicht auf denkgesetzlicher Notwendigkeit. Der Gestaltungsakt der Ehescheidung, in welchem Klage und Widerklage wie Scheidung und Schuld inner-

(132) RG 58/307 ff (309); 171/39 ff (40); Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 615, II, 1 und 2; Förster-Kann, 2c vor § 606;

(133) BGHNJW 55/1879; Jauernig FamRZ 61/98 ff (100); Baumbach-Lauterbach § 590, I, B aber gerade mit Ausnahme des Grundsatzes: Übers. 2 vor § 578; vergl. auch KGJW 1937/1425 f; OLG Celle MDR 53/304 ff (306);

(134) RG 171/39 ff (40);

lich eng zusammenhängen, solle nicht in mehrere Teile zerrissen werden. Andernfalls könne die mißliche Folge eintreten, daß mit dem Inkrafttreten eines Teilausspruchs vorläufig sich an ihn andere Wirkungen knüpften, als hernach an den Gesamtausspruch. Dieser Gesichtspunkt der Festlegung der Gestaltungswirkung auf einen einheitlichen Zeitpunkt scheide jedoch für das Wiederaufnahmeverfahren aus, da der rechtsgestaltende Akt bereits mit der Rechtskraft des angefochtenen Urteils eingetreten sei. Für die Anwendung des Zweckmäßigkeitsgrundsatzes der Einheitlichkeit bestehe daher kein Bedürfnis. In Anbetracht der einschneidenden Folgen im Falle der Aufhebung des Scheidungsurteils sei seine Anwendung geradezu unzweckmäßig.

3.) Wie die neuere Lehre (135) jedoch überzeugend nachweist, stellt sich der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen nicht als Zweckmäßigkeitsgrundsatz, sondern deshalb als "juristische" Denknöwendigkeit dar, weil er zwingend aus dem Streitgegenstandsbegriff des Eheprozesses folgt, der im Wiederaufnahmeverfahren, namentlich im *iudicium rescindens*, kein anderer ist als sonst.

Mit der herrschenden Ansicht (136) ist unter Streitgegenstand das Rechtsfolgebegehren aus einem bestimmten Sachverhalt, dem Klagegrund, zu verstehen. Während in der Regel Klage und Widerklage zwei Streitgegenstände beinhalten, weil die Widerklage keine reine Negation der Klage ist, sondern eine andere Rechtsfolge begehrt (137), ist dies im Eheprozeß anders. Hier wird mit Klage und Widerklage im Scheidungsprozeß oder Aufhebungsprozeß dieselbe Rechtsfolge begehrt, die Änderung desselben Rechtsverhältnisses. Da sich das Begehren seinem Ziel nach bestimmt, liegt Klage und Widerklage insoweit ein einheitlicher Streitgegenstand zugrunde.

Jedoch sind die Klagegründe verschieden, aus denen das jeweilige Begehren hergeleitet wird. Sieht man für den Streitgegenstandsbegriff die Individuali-

(135) Bötticher S. 79 ff; Schwab ZZP 65/109 ff (111); Rosenberg SJZ 50/314 ff (318); Arens S. 423 ff (445); vergl. aber Habscheid S. 49 ff und 177 ff;

(136) vergl. Lent-Jauernig § 39 II, 3c; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 253, II, 5; Nikisch, Streitgegenstand, S. 40 ff (46); Rosenberg § 88, II, 1b und II, 2; anders aber Schwab, Streitgegenstand, S. 189 ff (191) und ZZP 65/101 ff;

(137) Goldschmidt § 51, 3, S. 158; Lent-Jauernig § 46, I;

sierung durch den Klagegrund als entscheidend an, so lägen zwei Streitgegenstände vor (138). Konsequenterweise müßte danach über die Klage oder die Widerklage durch Teilurteil nach § 301 entschieden werden können, was jedoch aus dem Gesichtspunkt des Einheitlichkeitsgrundsatzes allgemein abgelehnt wird.

Die Individualisierung durch den Klagegrund ist jedoch nicht Selbstzweck, sondern dient dazu, einen bestimmten Sachverhalt festzulegen, aus dem sich im Wege richterlicher Qualifikation die begehrte Rechtsfolge ableiten läßt.

Da im Eheprozeß das Begehren sich auf die Scheidung oder Aufhebung einer ganz bestimmten Ehe richtet, ist der Sachverhalt, aus dem die Rechtsfolge abzuleiten ist, bereits hinreichend umgrenzt. Das Scheidungs- und Aufhebungsbegehren reicht als solches für die Individualisierung des Streitgegenstandes aus (139). Streitgegenstand im Eheprozeß ist daher das Begehren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe schlechthin (140).

Da sich der Streitgegenstand also hier - wenn auch nur als Ausnahme (141) - nur durch das Rechtsfolgebegehren bestimmt wird, liegt einer Klage und Widerklage auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe ein einheitlicher Streitgegenstand zugrunde. Nach der Lehre und Rechtsprechung (142) fällt in diesen die Schuldfrage als "untrennbarer Bestandteil" hinein. Wie Arens (143) dagegen richtig darlegt, ist die Schuldfrage nicht deshalb mit der Klage und Widerklage untrennbar verbunden, weil sie vom Streitgegenstand des Ehe-

-
- (138) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 614, I, 2; Nikisch, Streitgegenstand, S. 153, F. 2;
- (139) Bötticher S. 90; Schwab ZJP 65/108; Rosenberg SJZ 50/318;
- (140) Nimmt man mit Bötticher einen "Globalstreitgegenstand" an, der auch die Eheaufhebung umfaßt so ist Streitgegenstand des Eheprozesses das Begehren auf Auflösung der Ehe schlechthin.
- (141) Eine solche Ausnahme liegt auch beim ersten Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens vor, vergl. N. 118, möglich ist auch hier die Annahme eines Streitgegenstandes bei der Nichtigkeitsklage u. eines bei der Restitutionsklage. Dies entspräche der verbreiteten Ansicht (z. B. Baumbach-Lauterbach § 588, 2), das Nachschieben von Nichtigkeitsgründen bei der Nichtigkeitsklage und von Restitutionsgründen bei der Restitutionsklage sei keine Klageänderung. vergl. zu den Ausnahmen auch Arens, Streitgegenstand im aktienrechtl. Anf. verf., S. 46 ff;
- (142) Bötticher S. 88; insoweit auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 615, II, 4; v. Scanzoni DR 43/850; RG 163/335 ff (337); 165/62 ff (63);
- (143) Arens S. 439 f (441);

prozesses umfaßt wird, sondern deshalb, weil nach der Struktur des Scheidungs- oder Aufhebungsurteils als Gestaltungsurteil es erforderlich ist, zunächst die Schuld festzustellen. Ohne die vorherige Beantwortung der Schuldfrage ist eine Gestaltung nicht möglich.

In dem eingangs gebildeten Beispielsfall ist deshalb in dem angefochtenen Scheidungsurteil bereits über den Gesamtstreitgegenstand und die Schuldfrage entschieden, weshalb auch keine Urteilsergänzung nach § 321 möglich ist (144). Einer neuen Entscheidung über den Streitgegenstand der Ehescheidung in iudicium rescissorium stände die Rechtskraft des angefochtenen, aber nicht aufgehobenen Scheidungsurteils entgegen.

Die Aufhebung des angefochtenen Scheidungsurteils einschließlich des Schuldausspruchs ist deshalb stets notwendig, um durch Beseitigung der formellen Rechtskraft und der der Widerklage entgegenstehenden materiellen Rechtskraft den einheitlichen Streitgegenstand des Scheidungsprozesses wieder rückwirkend rechtshängig werden zu lassen, damit das Wiederaufnahmegericht über diesen Gesamtstreitgegenstand in einem einzigen Urteil entscheiden kann, wie es dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen entspricht (145).

Eine Scheidung "auch auf Widerklage" ist deshalb nicht möglich. Ebenso wenig kann der Gestaltungsakt der Scheidung oder Aufhebung bestehen bleiben, und nur eine seiner Voraussetzungen, nämlich die Feststellung der Schuld und damit des "Gestaltungsrechts", aufgehoben und ersetzt oder geändert werden (146). Zwingende Grundsätze des Prozeßrechts, juristische Denknöwendigkeiten, verbieten es also auch ohne Aufhebung des angefochtenen Urteils den Schuldausspruch zu ändern.

(144) Bötticher S. 99; Rosenberg § 161, III, 5c;

(145) im Ergebnis auch Sydow-Busch § 590, 6;

(146) Arens 441 ff (443);

D.) Die Möglichkeit teilweiser Aufhebung und teilweiser Bestätigung
oder Aufrechterhaltung

Die Lösung einer der beiden Hauptfragen der Arbeit, nämlich der nach dem Umfang der Aufhebung, ergibt sich bereits aus den bisherigen Darlegungen. Jedoch muß noch auf die verschiedenen Ansichten eingegangen werden, die zu ihr in der Literatur vorgetragen werden.

1.) Zunächst findet sich die Meinung, der Umfang der Aufhebung hänge von der *Disposition* der Parteien ab.

Fitting (147) meint hierzu, daß dann, wenn die Wiederaufnahme als zulässig und begründet erscheine und sich auf Grund der neuen Verhandlung der Hauptsache das angefochtene Urteil als nicht gerechtfertigt herausstelle, es in dem neuen Urteil "aufzuheben" sei, jedoch nicht weiter, als dies der Wiederaufnahmekläger bei der mündlichen Verhandlung "beantragt" habe. Dies folge aus §§ 588 Abs. I Nr. 3 und § 308 Abs. I.

Planck (148) führt aus, die Frage, ob das angegriffene Urteil als vom Anfechtungsgrund betroffen "aufzuheben" und zu ersetzen sei, richte sich nach dem Inhalt der "Anträge" auf Beseitigung und "Abänderung". Nach den Anträgen bestimme sich, ob das ganze Urteil oder nur ein Teil desselben und welcher Teil aufzuheben sei.

Diese Ansicht stützt sich also vornehmlich auf die Bestimmungen des § 588 Abs. I Nr. 3, nach der die Klageschrift die Erklärung enthalten soll, "inwiefern" die Beseitigung des angefochtenen Urteils beantragt werde. Aus der Bestimmung folgt aber gerade, daß es bezüglich des Umfangs der Aufhebung nicht entscheidend auf den Willen der Parteien ankommt; denn diese Erklärung ist bei der Natur des § 588 als einer bloßen Sollvorschrift gar nicht erforderlich, und zwar nicht nur dann, wenn ersichtlich die Aufhebung des ganzen Urteils erstrebt wird (149) oder die Erklärung sich aus dem Antrag zur Hauptsache ergibt (150), sondern grundsätzlich und immer (151).

(147) Fitting § 86, II, 3, S. 478 und F. 13;

(148) Planck § 159, I, S. 562, § 160, III, A, 3, S. 573;

(149) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 588, I, 3;

(150) Baumbach-Lauterbach § 588, 2; Naumburg OLGRspr 17/179;

(151) vergl. III, D, 5 der Arbeit

Entscheidend ist, daß die Frage der Wirksamkeit und völligen oder beliebig teilweisen Vernichtbarkeit eines Staatsaktes der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen ist. Das Recht der Parteien, eine Beschränkung der Aufhebung auf einzelne Teile zu erreichen, findet seine Grenze an den zwingenden Grundsätzen des Prozeßrechts.

2.) Eine weit verbreitete Meinung macht den Umfang der Aufhebung davon abhängig, inwieweit der Stoff des Hauptprozesses von den Anfechtungsgründen betroffen sei, also von einer Frage des *iudicium rescissorium* (§ 590 Abs. I).

Nach Sydow-Busch (152) ist das Urteil "im Umfange der *Wirksamkeit* des Anfechtungsgrundes" aufzuheben. Skonietzky-Gelpcke (153) führt aus, eine teilweise Urteilsanfechtung sei zulässig, wenn vom Anfechtungsgrund nur ein Teil des "Urteilsinhalts" betroffen sei. Nach Struckmann-Koch (154) soll die Rechtskraft des Urteils nicht weiter in Frage gestellt werden, als der "Zweck" der Wiederaufnahme es erfordere. In ähnlichen Formulierungen heißt es bei anderen Autoren (155), bei Vorliegen des Anfechtungsgrundes solle die Sache von neuem zu verhandeln und entscheiden sein und, "soweit es erforderlich erscheine", müsse das frühere Urteil "entsprechend abgeändert" werden; es sollten die "Wirkungen" von Restitutions- und Nichtigkeitsklage nicht weitergehen, als der Anfechtungsgrund das frühere Verfahren "betreffe". In dieser Weise lassen sich die Fragen des *iudicium rescindens* jedoch nicht mit denen des *iudicium rescissorium* vermengen. Die Frage nach dem Umfang der Aufhebung ist vorrangig eine Frage des *Streitgegenstandes*, der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft, während die Frage nach dem Umfang des Betroffenseins der Hauptsache nach § 590 Abs. I eine Frage des *Streitstoffs* und damit nur des Umfangs der erneuten Beurteilung desselben ist. Die Auffassung der genannten Autoren steht aber auch in direktem Widerspruch zu der Bestimmung des § 590 Abs. I selbst. Nach ihr ist nämlich nicht das "Urteil", soweit "es" von den Anfechtungsgründen betroffen ist, aufzuheben (156), sondern die "Hauptsache" insoweit neu zu verhandeln, als "sie" von den Anfechtungsgründen betroffen ist.

(152) Sydow-Busch § 590, 6;

(153) Skonietzky-Gelpcke § 588, 6;

(154) Struckmann-Koch § 590, 1;

(155) Remelé S. 320; Fischer S. 235 f;

(156) wie es insbesondere bei Planck § 159, I, S. 562 und Skonitzky-Gelpcke § 588, 6, anklingt;

3.) Das angefochtene Endurteil kann nicht beliebig je nach dem Betroffensein des Streitstoffs teilweise aufgehoben werden, sondern nur in dem Umfange, indem es als Endurteil erlassen wurde oder hätte erlassen werden können. Ist demnach statt mehrerer möglicher Teilurteile nach § 301 ein Gesamturteil ergangen, das in einem Akt über Klage und Widerklage oder im Falle der objektiven Klagehäufung über mehrere prozessuale Ansprüche oder über nur einen, aber einen quantitativ teilbaren (§ 301) Streitgegenstand bzw. Klaganspruch entscheidet, so kann die Entscheidung nur derart teilweise aufgehoben werden, als nur der einem der mehreren Streitgegenstände oder nur der einem quantitativen Teil eines Streitgegenstandes zugrundeliegende Streitstoff von den Aufhebungsgründen betroffen ist (157).

Soweit danach keine Aufhebung erfolgt, bleibt das Urteil - gegebenenfalls quantitativ - rechtskräftig und im selben Umfange die Rechtshängigkeit und das Verfahren beendet. Für das *iudicium rescissorium* ist insoweit kein Raum. Soweit dagegen eine Aufhebung des "l a t e n t e n" Teilurteils erfolgt, wird der Streitgegenstand - gegebenenfalls einer von mehreren oder ein quantitativer Teil - wieder rückwirkend rechtshängig und das Verfahren durch Herstellung der Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und *iudicium rescissorium* im selben Umfange wieder eröffnet. Inwieweit dann gemäß § 590 Abs. I eine Neuverhandlung des im Umfange des rechtshängigen Streitgegenstandes ebenfalls wieder anhängigen Streitstoffs erfolgt, ist eine andere Frage.

Es verhält sich hier also im wesentlichen wie bei der Teilanfechtung von Endurteilen im Rechtsmittelverfahren, wo sich, wie bereits erörtert (158), die Grenzen des Devolutiveffekts nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes richten, und der Streitgegenstand nur ganz oder zu einem quantitativen Teil in der höheren Instanz rechtshängig wird. Dementsprechend kann das angefochtene Urteil in der höheren Instanz nur ganz oder quantitativ teilweise aufgehoben werden. Der im Umfange des Streitgegenstands ebenfalls auf Grund des Devolutiveffekts vor dem höheren Gericht anhängige Streitstoff wird dann allerdings nur im Rahmen der §§ 525, 536, 537, 559 erneut verhandelt und beurteilt. Bezüglich der Rechts- und Anhängigkeit sind die Wirkungen von Aufhebung im Wiederaufnahmeverfahren und Devolutiveffekt im Rechtsmittelverfahren auch umfangmäßig die gleichen.

(157) so wohl Rosenberg § 156, IV, 3 a; Wieczorek § 590, B, II;

(158) vergl. unter II, A, 6, d, und N. 75-79 der Arbeit;

Fraglich bleibt jedoch, ob es unschädlich ist, die Aufhebung des Gesamturteils auszusprechen, auch wenn nur der Streitstoff eines von mehreren Streitgegenständen oder eines quantitativen Teils eines solchen von den Anfechtungsgründen betroffen ist.

Mit einer Gesamtaufhebung würden zwar der gesamte Streitgegenstand bzw. mehrere Streitgegenstände rechtshängig und der gesamte Streitstoff anhängig. Der wieder anhängige Streitstoff wäre jedoch nach § 590 Abs. I nur im Umfange des Betroffenseins neu zu verhandeln. Bei der Frage, wie der betroffene Streitstoff der Hauptsache vom nicht betroffenen zu trennen ist, erkennt die heute herrschende Meinung als "sachliche" Isolierungsmöglichkeit das latente Teilurteil an (159). Diese von der herrschenden Meinung im *iudicium rescissorium* vorgenommene sachliche Isolierung muß jedoch bereits im *iudicium rescindens* erfolgen.

Dies folgt zwingend aus dem der Rechtskraft gebührenden Schutz. Sie soll nicht weiter durchbrochen werden, als nach prozeßrechtlichen Grundsätzen und Normen unumgänglich ist.

4.) Zusammenfassend ergibt sich deshalb hinsichtlich des Umfangs der Aufhebung folgendes :

Entscheidet das angefochtene Urteil über einen einheitlichen unteilbaren Streitgegenstand, so ist das Urteil stets in vollem Umfange aufzuheben, gegebenenfalls mit seinen vorausgegangenen Entscheidungen nach § 583.

Entscheidet das angefochtene Urteil als Gesamttakt über mehrere Streitgegenstände oder über einen im Sinne des § 301 teilbaren Streitgegenstand, so ist das Urteil nur bezüglich desjenigen von mehreren Streitgegenständen oder nur bezüglich desjenigen quantitativen Teils des einen Streitgegenstandes aufzuheben, dessen Streitstoff von den Anfechtungsgründen betroffen ist.

• Eine beliebige teilweise Aufhebung gemäß dem Willen der Parteien oder im Umfange des Betroffenseins des Streitstoffs nach § 590 Abs. I ist dagegen nicht möglich.

(159) siehe III, B, 2a und 3a der Arbeit;

III.) Der Umfang der Neuverhandlung

Nach Prüfung der Frage, ob das angefochtene Urteil völlig oder im erörterten Sinne teilweise aufzuheben ist, - sei es nach allgemeiner Meinung durch Zwischenurteil nach § 303, nach hier vertretener Meinung (160) durch ein nicht selbständig anfechtbares Endurteil, sei es später im Endurteil zusammen mit der Neuentscheidung, - tritt das Gericht in den dritten Verfahrensabschnitt des Wiederaufnahmeverfahrens ein, in die erneute Verhandlung der Hauptsache nach § 590 Abs. I.

A.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung vom Umfang der Aufhebung

Ist das angefochtene Endurteil nur quantitativ aufgehoben oder aufzuheben (161), bleibt es im übrigen und bleiben gegebenenfalls die ihm vorausgegangenen Entscheidungen der §§ 275, 302, 303, 304, 599 insbesondere bestehen, so nur deshalb, weil der dem nicht aufgehobenen Teil des Urteils oder den vorausgegangenen Entscheidungen zugrundeliegende Streitstoff von den Anfechtungsgründen nicht betroffen ist.

Insoweit hat die Prüfung der Tragweite der Anfechtungsgründe nach § 590 Abs. I bereits im iudicium rescindens stattzufinden.

Soweit keine Aufhebung des Endurteils erfolgt, werden auch der Streitgegenstand des Hauptprozesses nicht rechtshängig, der Streitstoff nicht anhängig und das Verfahren nicht eröffnet. Wird das Endurteil, nicht aber die ihm vorausgegangenen Entscheidungen aufgehoben, so wird zwar der Streitgegenstand rechtshängig und der gesamte Streitstoff - auch derjenige der vorausgegangenen Entscheidungen - anhängig (162) und das Verfahren eröffnet. Der durch die nicht aufgehobenen vorausgegangenen Entscheidungen erledigte Streitstoff bleibt jedoch erledigt, d. h., er wird im iudicium rescissorium nicht erneut verhandelt und beurteilt, aber gleichwohl Grund-

(160) vergl. N. 116, die Bezeichnung "Teilurteil" wäre auch nicht ganz zutreffend, weil es im Gegensatz zu § 301 nicht über einen von mehreren bereits rechtshängigen (!) Streitgegenstände entscheidet;

(161) Schoetensack S. 269 spricht von "latenter" Aufhebungsentscheidung;

(162) vergl. II, A, 6, d, und N. 80;

lage der Neuentscheidung. Die "Erledigung" erklärt sich aus der fortbestehenden formellen Rechtskraft.

Bezüglich des nicht aufgehobenen Teils des Urteils oder der nicht aufgehobenen vorausgegangenen Entscheidungen ist demnach für eine Neuverhandlung nach § 590 Abs. I kein Raum (163). Der Umfang der Neuverhandlung ist daher zunächst abhängig vom Umfang der Aufhebung.

Es findet sich hierzu jedoch desweiteren die Ansicht (164), die Neuverhandlung erfolge in dem Umfange, in dem das angefochtene Urteil aufgehoben sei.

Ihr liegt, - wie bereits ausgeführt -, der unrichtige Gedanke zugrunde, das angefochtene Urteil könne im Umfange der Wirksamkeit des Anfechtungsgrundes aufgehoben werden. Nach § 590 Abs. I ist gerade nicht der Rechtsstreit insoweit erneut zu verhandeln, als das Urteil aufzuheben ist, sondern insoweit er, d. h. die "Hauptsache", betroffen ist. Es besteht eine Parallelität zu den Rechtsmittelverfahren auch insoweit, als auch bei diesen der gesamte Streitstoff in der höheren Instanz anhängig ist, jedoch nur im Rahmen der einschränkenden Parteianträge nach §§ 525, 536, 537, 559 "verhandelt" wird.

B.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung vom Umfang des Betroffenen

Gemäß § 590 Abs. I richtet sich der Umfang der Neuverhandlung vornehmlich nach Charakter, Wirkung und Tragweite des jeweiligen Anfechtungsgrundes.

(163) Rosenberg § 156, IV, 3 a und b;

(164) Sydow-Busch § 590, 6; Bunsen S. 467 f; Skonietzky-Gelpcke § 588, 6; Struckmann-Koch § 590, 1;

1.) Es soll daher, ohne zunächst auf den tatsächlichen Umfang der Neuverhandlung näher einzugehen, der Umfang des Betroffenseins der "Hauptsache" an Hand der verschiedenen Wiederaufnahmegründe untersucht werden. § 590 Abs. I spricht vom Betroffensein der "Hauptsache". Der Gesetzestext ist nicht klar. Unter "Hauptsache" ist nämlich nicht nur der materielle Streitstoff zu verstehen, wie man dem Wortlaut nach insbesondere im Hinblick auf die §§ 39, 274 Abs. III annehmen könnte, sondern der gesamte frühere Rechtsstreit, der Hauptprozeß schlechthin. "Hauptsache" bedeutet nur den Gegensatz zu Zulässigkeit und Grund der Wiederaufnahmeklage (165).

§ 590 Abs. I ist demnach dahin zu verstehen, daß der frühere Rechtsstreit zu erneuern ist, soweit er, d. h. sowohl das formelle gerichtliche Verfahren als auch die materielle Verhandlung des Streitstoffs, von den Anfechtungsgründen betroffen ist. Denn auch der Begriff der "Neuverhandlung" ist den Wirkungen der verschiedenen Anfechtungsgründe entsprechend verschieden zu lesen: Die Nichtigkeitsgründe des § 579 und in der Regel (166) der Restitutionsgrund des § 580 Nr. 5 stellen schwere prozessuale Mängel (errores in procedendo) dar. Sie betreffen das formelle Verfahren. Insoweit besagt § 590 Abs. I zunächst, daß das formelle Verfahren, soweit es mit dem Verfahrensfehler behaftet ist, erneut durchgeführt werden muß. Jedoch wird nicht etwa nur das formelle Verfahren unter Aufrechterhaltung des Ergebnisses der materiellen Verhandlung des Streitstoffs erneuert, sondern auch diese materielle Verhandlung selbst.

Dies ergibt sich aus dem Doppelzweck der Wiederaufnahme aus formellen Gründen. Entsprechend dem Zweck der Revision aus formellen Gründen (167) ist Zweck der Wiederaufnahme als eines, - wenn auch außerordentlichen -, Rechtsmittels nicht nur die Überwachung und Erziehung der Gerichte zu gewissenhafter Befolgung der Verfahrensvorschriften, sondern vorrangig die Überprüfung und Richtigstellung der materiellen Entscheidung sowie gegebenenfalls deren Anpassung an die jetzige Rechtslage, die Erneuerung der Rechtsfindung, die materielle Gerechtigkeit. Gemäß § 590 Abs. I muß daher eine Erneuerung auch der materiellen Verhandlung insoweit erfolgen, als sie innerhalb des fehlerhaften formellen Verfahrens des Hauptprozesses erfolgte.

(165) Skonietzky-Gelpcke § 588, 7; Planck § 159, I, S. 562;

(166) Die Grenzen zwischen materiellen und formellen Fehlern besonders beim Beweisverfahren sind flüchtig. Vergl. Schwinge S. 155 ff; Nikisch § 125, II, 1, S. 495 f;

(167) Schwinge S. 26 ff (37);

Die Restitutionsgründe stellen dagegen in der Regel (168) materielle Mängel in der Rechtsfindung (*errores in iudicando*) dar. Sie erweisen die Unrichtigkeit oder Unvollkommenheit der Urteilsgrundlage und betreffen damit den materiellen Streitstoff, die Verhandlung.

Insoweit besagt § 590 Abs. I, daß der materielle Streitstoff insoweit erneut zu verhandeln ist, als er von den Anfechtungsgründen betroffen ist. Soweit es diese Neuverhandlung des materiellen Streitstoffs dann notwendig macht, ist auch das formelle Verfahren zu erneuern oder zu erweitern.

2.) Wieweit danach der frühere Rechtsstreit von den einzelnen Anfechtungsgründen als betroffen angesehen werden kann, ist sehr umstritten.

Die Frage soll zunächst hinsichtlich der Verfahrensfehler untersucht werden.

Verbreitet ist zunächst die Ansicht (169), in den Fällen der §§ 579, 580 Nr. 5 sei generell das ganze Verfahren betroffen und zu erneuern. Diese Ansicht stützt sich zum Teil auf die Ausführungen der Motive (170), wonach die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage aus der Person des Richters - "soweit der Anfechtungsgrund reicht" - den "ganzen" Rechtsstreit erfassen und "insoweit" eine erneute Verhandlung desselben herbeiführen. Diese Ausführungen lassen aber nicht nur den Schluß zu, daß generell der gesamte Rechtsstreit von den genannten Anfechtungsgründen als betroffen anzusehen und zu erneuern ist, sondern gerade auch den richtigen Schluß (171), daß der "ganze" Rechtsstreit, also formelles Verfahren und materielle Verhandlung, "insoweit" zu erneuern ist, als der Anfechtungsgrund reicht.

Die oben genannte Ansicht erweist sich zumindest auch in den Fällen als unrichtig, in denen gemäß §§ 579 Abs. 1 Nr. 1-3, 580 Nr. 5 das Gericht nicht schon bei Erlaß eines Zwischenurteils nach §§ 303, 275, 304, 302, 599, sondern erst bei der späteren Endentscheidung unvorschriftsmäßig besetzt war oder erst bei der Endentscheidung ein gesetzlich ausgeschlossener, mit

(168) vergl. N. 166;

(169) Sydow-Busch § 590, 1; Meyer-Hirschmann-Schiller § 590, 1; siehe auch Wieczorek § 590, B II b 2; außer bei § 579 Abs. I, Nr. 4;

(170) Motive S. 386 unter § 529; es "könne" auch ganz betroffen sein;

(171) so Skonietzky-Gelpcke § 590, 5b, unter a;

Erfolg abgelehnter oder verbrecherischer Richter mitgewirkt hat.

Auch wenn der Vertretungsmangel nach § 579 Abs. I Nr. 4 nicht von Anfang an, sondern erst nach Erlaß eines Zwischenurteils eingetreten ist, ist nicht einzusehen, warum auch der durch das Zwischenurteil erledigte Verfahrens- und Verhandlungsteil als betroffen anzusehen ist, das Zwischenurteil demgemäß aufzuheben und der Rechtsstreit insgesamt zu erneuern ist (172).

a.) Der Auffassung, in den Fällen der §§ 579, 580 Nr. 5 sei generell das gesamte Verfahren betroffen, könnte mit Einschränkungen allenfalls dann gefolgt werden, wenn man sie so versteht, daß ein durch ein Urteil irgendwelcher Art unterbrochenes (Zwischenurteil) oder abgeschlossenes (Endurteil) Verfahren nicht in weitere formell fehlerhafte und fehlerfreie Verfahrensteile zerlegt werden kann, bei der Isolierung des betroffenen vom nicht betroffenen Verfahrensteil also nur Urteile die Grenze bilden können. Letzteres ist - übrigens für alle Wiederaufnahmegründe - die Meinung der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung (173).

Ihr ist insoweit zu folgen, als sie bei der Sonderung des von den Verfahrensmängeln betroffenen vom nicht betroffenen Teil des Verfahrens nach der Methode verfährt, wie sie im Rechtsmittelverfahren gemäß §§ 539, 564 Abs. II für die teilweise Aufhebung des Verfahrens gilt (174). Wie dort kann danach gemäß § 590 Abs. I nur ein Teil des Verfahrens als betroffen ausgeschieden werden, der tatsächlich "isolierfähig" ist (175). Welche Teile allerdings isolierfähig sind, ist sehr zweifelhaft.

Die herrschende Meinung (176) vertritt folgenden Standpunkt:

Die teilweise Aufhebung des Verfahrens nach §§ 539, 564 Abs. II wie die Scheidung des betroffenen vom nicht betroffenen Teil des Verfahrens nach

(172) Hellwig § 241, I. 2, a, S. 875 und N. 173;

(173) Stein-Jonas-Schonke-Pohle § 590, II 1, § 539 III; Bammach-Latterbach § 590, 2, § 539, 2; wohl auch Rosenberg § 156, IV, 3; RG 75/53 ff (58), vergl. auch RG 10/382 ff (385);

(174) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 1; auch Petersen § 590, 2, und N. 175 ausdrücklich;

(175) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(176) vergl. N. 173; besonders Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 1 und § 539, III;

§ 590 Abs. I sei wegen der Einheit der mündlichen Verhandlung (§§ 278, 283, 332) nur in der Weise möglich, daß entweder die Grenze "sachlich" gezogen werden müsse, also das Verfahren insoweit aufzuheben oder als betroffen auszuschneiden sei, als es einen zum Erlaß eines Teilurteils geeigneten Gegenstand betreffe, oder daß die Grenze "zeitlich" gezogen werden müsse, indem ein in der Instanz erlassenes Zwischen- oder Teilurteil die Grenze bilde. Dagegen könne ein einzelner Termin oder Beschluß niemals die Grenze bilden, weil sie innerhalb der mündlichen Verhandlung keine präklusive Bedeutung hätten, vielmehr die Sache alsdann wegen §§ 278, 283 notwendig in vollem Umfang neu zu verhandeln wäre.

Gegen diese Auffassung besteht eine Reihe erheblicher Bedenken.

Ist nur das einem latenten Teilurteil zugrundeliegende formelle Verfahren von den Verfahrensmängeln betroffen, so muß die "sachliche" Isolierung im Umfange eines zum Erlaß eines Teilurteils geeigneten Streitgegenstandes bereits im iudicium rescindens erfolgen. Mit Rücksicht auf den der Rechtskraft gebührenden Schutz darf das latente Teilurteil gar nicht aufgehoben werden, wenn das ihm zugrundeliegende Verfahren als nicht betroffen angesehen werden kann (177).

Auf folgende praktische Schwierigkeiten ist in diesem Zusammenhang jedoch hinzuweisen :

Wird bei objektiver Klagehäufung über mehrere Ansprüche oder über Klage und Widerklage oder einen quantitativ teilbaren Anspruch verhandelt und entschieden, so geschieht dies in einer einheitlichen mündlichen Verhandlung, der ein und dasselbe formelle Verfahren zugrundeliegt. Das "formelle" Verfahren findet daher durch das latente Teilurteil keinen feststellbaren Abschluß, der als Grenze für die Isolierung des betroffenen Verfahrensteils dienen könnte, und zwar auch dann nicht, wenn zunächst sachlich nur über die Klage oder nur einen von mehreren Ansprüchen oder Anspruchsteilen verhandelt würde und zeitlich später erst über die Widerklage oder einen andern Anspruch oder Anspruchsteil.

In der Regel (178) ist deshalb eine "sachliche" Isolierung des "formellen" Verfahrens nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes bei Verfahrensfehlern überhaupt nicht möglich. Deshalb ist in diesen Fällen das

(177) vergl. II, D, 3 der Arbeit;

(178) Ausnahme z. B. § 579 Abs. I Nr. 4, siehe N. 191;

gesamte Urteil aufzuheben. Dies besagt jedoch nicht, daß das "gesamte" dem angefochtenen Urteil zugrundeliegende formelle Verfahren von den Anfechtungsgründen betroffen ist. Die Frage nach dem Umfang der Aufhebung als eine Frage des Streitgegenstandes hat mit dem Umfang des Betroffenseins des Streitstoffs nichts zu tun.

Soweit die herrschende Meinung bei der "zeitlichen" Isolierung des betroffenen vom nicht betroffenen Verfahrensteil nur Urteile gleich welcher Art als Grenze anerkennt, ist zu bemerken, daß diese Urteile im iudicium rescindens gerade deshalb bestehen blieben, weil das ihnen zugrundeliegende formelle Verfahren nicht, auch nicht teilweise, von den Anfechtungsgründen betroffen ist. Auch die "zeitliche" Isolierung hat bereits im iudicium rescindens stattgefunden. Soweit keine Aufhebung erfolgte, ist das Verfahren endgültig erledigt. Entgegen der herrschenden Ansicht wird diese zeitliche Isolierung, die nur Urteile als Grenze zuläßt, von der Bestimmung des § 590 Abs.I, einer Bestimmung des iudicium rescissorium, überhaupt nicht erfaßt, ebensowenig wie die sachliche Isolierung nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes. § 590 Abs.I, der von einer Isolierungsmöglichkeit ausging, hätte sonst seine Bedeutung verloren.

Folgt man der herrschenden Ansicht, so wäre auch dann das gesamte Verfahren bis zu einem Urteil als betroffen anzusehen, wenn das Gericht beispielsweise nur im letzten Termin nach § 579 Abs.I Nr. 1-3 mangelhaft besetzt war. Dementsprechend wäre gemäß § 590 Abs.I das gesamte formelle Verfahren als auch die gesamte Sachverhandlung als innerhalb eines betroffenen Verfahrens erfolgt, also der gesamte Rechtsstreit ohne Einschränkung zu erneuern. Auch in dem Regelfall, daß dem angefochtenen Endurteil kein Zwischen- oder Teilurteil vorausgegangen ist, läge die Sache nicht anders. Folgerichtig wären alle innerhalb des als betroffen anzusehenden Verfahrens erfolgten richterlichen Handlungen, Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen, die Präklusionen der §§ 39, 274, 295, die Prozeßhandlungen der Parteien, insbesondere auch Geständnisse und Anerkenntnisse hinfällig, auch wenn sie zu einer Zeit erfolgten, als das Gericht nach § 579 Abs.I Nr. 1-3 noch vorschriftsmäßig besetzt war.

Diese Konsequenz zieht die herrschende Meinung jedoch nicht. Obwohl sie das gesamte Verfahren bis zu einem Urteil als betroffen ansieht, will sie einzelne Punkte des formellen Verfahrens wie der materiellen Verhandlung als von den Anfechtungsgründen nicht betroffen wieder ausklammern und wirksam erhalten.

Nach Wieczorek (179) sollen die vor Eintritt des Wiederaufnahmegrundes eingetretenen Rechtsausschlüsse der §§ 39, 274, 295 in Kraft bleiben, ebenso die nicht betroffenen Geständnisse usw.

Bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle (180) heißt es, soweit im Vorprozeß Rechtsbehelfe schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung abgeschnitten (§§ 274, 295 usw.) oder bindende Erklärungen abgegeben waren, erwache den Parteien ein Recht zum nachträglichen Widerruf oder nachträglichem Vorbringen nur dann, wenn ein "Restitutionsgrund" gerade diese Erklärung betreffe, wenn also z. B. ein Geständnis oder Anerkenntnis durch Betrug oder Drohung nach § 580 Nr. 4 erwirkt worden sei.

Schon bei Schoetensack (181) findet sich die gleiche Ansicht. Er ist der Meinung, ganz neu, d. h. ohne alle Rücksicht auf das frühere Verfahren könne allerdings, selbst wenn der Wiederaufnahmegrund das ganze frühere Verfahren ergriffen habe, die Hauptsache nicht verhandelt werden. Denn die Wiederaufnahme sei für die Parteien des früheren Prozesses nicht dazu da, damit sie bindend abgegebene Erklärungen, insbesondere Geständnisse widerrufen könnten.

Bei diesen Autoren klingt die Ansicht an, die das formelle Verfahren betreffenden Nichtigkeitsgründe hätten auf die materiellen Erklärungen der Parteien keinen Einfluß, weshalb diese bestehen bleiben könnten, es sei denn, sie seien selbst von einem Restitutionsgrund betroffen.

Dem ist jedoch folgendes zu erwidern :

Jedenfalls dann, wenn das Gericht nach § 579 Abs. I Nr. 1-3 vom Anfang an fehlerhaft besetzt und damit unbestritten das ganze Verfahren betroffen war, sind die innerhalb des mangelhaften formellen Verfahrens erfolgten Prozeßhandlungen schon deshalb hinfällig und für das *iudicium rescissorium* ohne Bindung, weil ihnen der Adressat, das "Gericht", als Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt.

Fehlt es einer Partei nach § 579 Abs. I Nr. 4 an der Vertretungsmacht, so ist nicht nur das formelle Verfahren formfehlerhaft, sondern darüberhinaus sind Prozeßhandlungen der Partei selbst, wie die ihr gegenüber vorgenommenen Handlungen des Gegners und des Gerichts wirkungslos (182). Wei-

(179) Wieczorek § 590, C, I, b; auch Baumbach-Lauterbach § 590, 2;

(180) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 2;

(181) Schoetensack S. 279, F. 1;

(182) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 56, I, 1; Die materiellen Prozeßhandlungen sind also von den Nichtigkeitsgründen "mitbetroffen".

terhin ist nicht erklärlich, wie in einem von Anfang an fehlerhaften Verfahren wirksame Präklusionen nach §§ 39, 274 Abs. III, 295 Abs. I u. a. eintreten können.

Ist demgegenüber der Verfahrensmangel erst im Laufe des Prozesses eingetreten, so ist die herrschende Ansicht richtig, daß die vor Eintritt des Mangels abgegebenen Erklärungen und die bereits eingetretenen Präklusionen bindend sind. Jedoch ist dann nicht einzusehen, warum überhaupt das gesamte Verfahren auch vor dem tatsächlichen Eintritt des Mangels als betroffen angesehen werden soll.

Die herrschende Meinung ist inkonsequent, wenn sie einerseits die weitere Teilbarkeit eines durch Urteil unterbrochenen oder abgeschlossenen Verfahrens vom Eintritt des Mangels an verneint, das Verfahren dagegen insgesamt als betroffen ansieht, andererseits aber einzelne Verfahrens- und Verhandlungspunkte bestehen lassen will.

Warum soll dann nicht das formelle Verfahren vom Eintritt des Mangels an als betroffen isolierfähig sein, womit das übrige Verfahren, einschließlich seiner Beschlüsse, Beweisaufnahmen, Präklusionen u. a. so wie die innerhalb dieses Verfahrensteils erfolgten materiellen Erklärungen, Geständnisse, Anerkenntnisse u. a. - soweit auch im Hauptprozeß schon unwiderruflich - bestehen bleiben.

b.) Daher ist zunächst zu untersuchen, ob nicht auch Termine, Beschlüsse oder sonstige feststellbare Verfahrenspunkte die "zeitliche" Grenze zwischen betroffenen und nicht betroffenen Verfahrensteil bilden können.

Dies verneint die herrschende Auffassung mit der Begründung, der Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung verbiete eine solche weitere Unterteilung.

Die Richtigkeit dieser Begründung ist zweifelhaft.

Der Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung besagt, daß alle in einem Prozeß aufeinanderfolgenden mündlichen Verhandlungen einander gleichwertig sind. Der Prozeß ist so zu betrachten, als sei die gesamte mündliche Verhandlung in einem einzigen Termin erfolgt. Nur insofern bildet die gesamte materielle Verhandlung eine Einheit. Der Grundsatz besagt ferner, daß einzelne Verhandlungstermine hinsichtlich des sachlichen Vorbringens keine präklusive Bedeutung haben, neue Vorbringen dagegen bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung zulässig ist (§§ 278, 283, 183).

(183) Baumbach-Lauterbach, Überf. 2B vor § 253 § 238 1 und 2, Stein-Jonas-Schröke-Pohle § 278, I;

Wie sein Name sagt, bezieht sich der Grundsatz also vornehmlich auf die materielle Verhandlung. Er hat mit dem der Verhandlung zugrundeliegenden formellen Verfahren zunächst nichts zu tun; schon deshalb ist die Begründung der herrschenden Meinung bedenklich. Bemerkenswert ist auch, daß Wieczorek (184) als Vertreter der herrschenden Meinung bei den Restitutionsgründen eine Aussonderung einzelner Verhandlungspunkte zuläßt. Wenn überhaupt, müßte gerade hier der Grundsatz der einheitlichen mündlichen Verhandlung die tatsächliche Isolierung verbieten.

Innerhalb des formellen Verfahrens bzw. innerhalb einzelner Verfahrensteile, namentlich Termine, wird jedoch der materielle Streitstoff verhandelt. Isoliert man einen einzelnen Termin oder ein Verfahren bis zu einem Beschluß als betroffen, so wäre nur dieser Verfahrensteil zu erneuern und gemäß § 590 Abs. I nur der materielle Streitstoff erneut zu verhandeln, der innerhalb dieses Verfahrensabschnitts im Hauptprozeß verhandelt wurde. Der materielle Streitstoff würde also im Umfange des Betroffenseins des Verfahrens ebenfalls ausgesondert. Es fragt sich deshalb, ob dies dem genannten Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung widerspricht.

Der Grundsatz besagt weder etwas über den Umfang der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens oder der Verhandlung, des Betroffenseins also, noch verbietet er eine Aussonderung einzelner bereits vorgebrachter Streitpunkte und deren Ausschluß von einer erneuten Verhandlung. Er gebietet also umgekehrt nicht eine erneute Verhandlung des bereits vorgebrachten Streitstoffs.

Dies zeigt sich besonders deutlich bei den Rechtsmittelverfahren, wo auf Grund der Verhandlungsmaxime eine Aussonderung einzelner Punkte des Streitstoffs und eine auf diese Punkte beschränkte Neuverhandlung möglich ist.

Es gilt hier das, was Seuffert-Walsmann (185) zu § 539 bezüglich der teilweisen Aufhebung fehlerhaften Verfahrens ausführt. Zutreffend heißt es dort, bei teilweiser Aufhebung könnten Zwischenurteile und bedingte Endurteile bestehen bleiben, aber auch andere Bestandteile der Verhandlung, insbesondere Beweisaufnahmen, Parteierklärungen, Eidesleistungen, prozessuale Präklusionen u. a., soweit sie außerhalb des nichtigen Verfahrens lägen. Aus der Einheit des Verfahrens könne das Gegenteil nicht gefolgert werden, denn diese Einheit verhindere nicht, daß die Geständnisse, Eidesleistungen, Präklusionen, die vor Schluß der Verhandlung eingetreten wa-

(184) Wieczorek § 590, B II c 1, im Widerspruch zu B II a 1, und B II b 1, B II b 4;

(185) Seuffert-Walsmann § 539, 3;

ren, für die spätere Verhandlung wirksam blieben. Zutreffend führt auch das Bayrische OLG (186) in einer älteren Revisionsentscheidung zu § 539 aus, das Berufungsgericht sei rechtsgrundsätzlich nicht gezwungen alle Teile des ersten Verfahrens zu beseitigen. Beanstandete es nur einen Teil, so könnte der übrige Teil aufrechterhalten werden. In dieser Weise könnten bei teilweiser Aufhebung einzelne außerhalb des nichtig befundenen Verfahrens liegende Bestandteile der Verhandlung, insbesondere erstrichterliche Beweisaufnahmen bestehen bleiben und in dem späteren Urteil der zweiten Instanz mit der einzigen Maßgabe berücksichtigt werden, daß "im Hinblick auf die Einheit des Verfahrens nicht etwa dem unbeschränkten neuen Verhandlungsrecht der Parteien Zwang angetan oder im gültigen Teil des Verfahrens erworbene Parteirechte beeinträchtigt werden" dürften.

Nichts anderes gilt für die Isolierfähigkeit einzelner Verfahrensteile nach § 590 Abs. I. Der herrschenden Meinung ist daher nur darin zu folgen, daß Termine und Beschlüsse hinsichtlich neuen Vorbringens keine präklusive Bedeutung haben, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel daher bezüglich des betroffenen wie des nicht betroffenen Streitstoffs und die Einführung völlig neuen Streitstoffs möglich sind. Aus der fehlenden präklusiven Bedeutung ist jedoch nicht zu schließen, das gesamte Verfahren bis zu einem Urteil sei deshalb unteilbar als betroffen anzusehen, weil die Sache ja dann doch wegen des Einheitlichkeitsgrundsatzes in "vollem Umfang" neu zu verhandeln sei. Im übrigen kommt es aber auch nach der herrschenden Meinung nicht zu einer Neuverhandlung in "vollem Umfang", da diese innerhalb des gesamten als betroffen anzusehenden Verfahrens einzelne Parteierklärungen, Präklusionen u. a. ja als nicht betroffen erhalten will.

Für eine Isolierung des Verfahrens vom Eintritt des Mangels an, für eine Begrenzung insbesondere nach Terminen und Beschlüssen, wie sie von Hellwig (187) und Förster-Kann (188) befürwortet wird, spricht danach entscheidend folgendes:

Einmal wird sie der Bestimmung des § 590 Abs. I gerecht. Diese Bestimmung befaßt sich überhaupt nicht mit der Isolierung nach Umfang oder Teilbarkeit des Streitgegenstandes oder nach Urteilen, wie sie im iudicium rescindens erfolgt. Sie betrifft dagegen nur das iudicium rescissorium und geht hier von einer "tatsächlichen" Isolierfähigkeit einzelner Teile eines

(186) BayOLG SeuffA 52/112 ff (113);

(187) Hellwig, § 241, VI, 2, S. 875;

(188) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

formellen Verfahrens aus. Nach der herrschenden Meinung, wäre sie folgerichtig, hätten die §§ 590 Abs. I, 539, 564 Abs. II ihre Bedeutung verloren.

Sodann läßt sich bei Annahme der tatsächlichen Isolierfähigkeit die Fortgeltung der im nicht betroffenen Verfahrensteil erfolgten Parteierklärungen, richterlichen Handlungen, Beschlüsse, Präklusionen u. a. im Gegensatz zur hier inkonsequenten herrschenden Lehre zwanglos erklären. Nur in den Ergebnissen besteht kein Unterschied.

Folgende bei Förster-Kann (189) angegebenen Beispielsfälle sollen dies näher beleuchten :

Ist das Amtsgericht im ersten und letzten Verhandlungstermin mit einem ausgeschlossenen, zwischendurch aber mit einem tauglichen Richter besetzt, und hat der ausgeschlossene Richter im ersten Termin einen Beweisbeschluß erlassen, der vom tauglichen Richter erledigt worden ist, so erstreckt sich die Neuverhandlung auf den Inhalt des ersten Verhandlungstermins, der Beweisbeschluß ist also gegenstandslos geworden, für das Wiederaufnahmegericht also ohne Bindung.

Weiter führt Förster-Kann jedoch aus, das Beweisergebnis sei aber gleichwohl, soweit es auf die zum Gegenstand des Beweises gemachten Tatsachen ankomme, der neuen Verhandlung zugrunde zu legen.

Ebenso seien die im ersten Verhandlungstermin erklärten Geständnisse für die Parteien nicht bindend. Sie hätten daher im zweiten Termin vor dem tauglichen Richter widerrufen werden können, auch ohne die Voraussetzungen des § 290. Der Beklagte hätte weiterhin prozeßhindernde Einreden, auch wenn der ausgeschlossene Richter bereits zur Sache verhandelt habe, im zweiten Termin nachholen können. Habe er aber unterlassen, das Geständnis zu widerrufen oder die prozeßhindernden Einreden nachzuholen, so seien seine Unterlassungen für das Wiederaufnahmeverfahren bindend. Förster-Kann sieht die von ihm vertretenen Ergebnisse selbst als eigenartig an. Sie sind auch nicht zutreffend.

Zum ersten Fall ist zu bemerken, daß der Beweisbeschluß des ersten Termins als betroffen auszusondern ist. Die im zweiten Termin erfolgte Beweisaufnahme ist jedoch für das Wiederaufnahmeverfahren ebenfalls nicht bindend, weil die Beweisaufnahme nach §§ 284, 358 einen formell ordnungsgemäßen "richterlichen" (190) Beweisbeschluß voraussetzt, um Ver-

(189) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(190) Ob ein Einzelrichter oder ein Mitglied einer Kammer ausgeschlossen war, kann keinen Unterschied machen.

wendung finden zu können. Das Verfahren des zweiten Termins ist der prozessualen Konstruktion des Beweisverfahrens wegen insoweit daher vom Nichtigkeitsgrund mitbetroffen und deshalb ebenfalls zu erneuern.

In den beiden andern Beispielsfällen ist zunächst zu beachten, daß die Partei im zweiten Termin von der Möglichkeit des Widerrufs des Geständnisses oder des Nachholens der Einreden unter Umständen nichts weiß, weshalb die von Förster-Kann bejahte Bindung dann unbillig wäre.

Entscheidend jedoch ist, daß das Geständnis im ersten Termin kein "richterliches" war. Es war vom Anfechtungsgrund mitbetroffen, weshalb es unwirksam und für die Partei weder in den folgenden Terminen noch im iudicium rescissorium bindend ist. Ebenso konnte im formell fehlerhaften ersten Termin keine wirksame Präklusion nach § 274 Abs. III eintreten, sie wirkt deshalb auch für die Folgezeit nicht.

Termine und Beschlüsse können daher durchaus die Grenze für die Scheidung des betroffenen vom nichtbetroffenen Verfahrensteil bilden, sie müssen es aber nicht. In einem voranschreitenden Verfahren (procedere), in dem ein Verfahrensabschnitt auf den anderen aufbaut, ist stets zu prüfen, ob und inwieweit sich der Verfahrensfehler auch auf weitere Termine und die materiellen Handlungen erstreckt.

Sind beispielsweise im ersten Termin Beweisaufnahmen erfolgt und ein weiterer Beweisbeschluß ergangen, der im zweiten Termin, in dem das Gericht nach § 579 Abs. I Nr. 1-3 mangelhaft besetzt war, erledigt wurde und sind in den weiteren Terminen vor dem wiederum ordnungsmäßig besetzten Gericht weitere Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen erfolgt, so bleibt nach der hier vertretenen Auffassung das gesamte Verfahren des ersten Termins - auch der Beweisbeschluß - bestehen. Als betroffen auszuschneiden und zu wiederholen ist nur die Beweisaufnahme des zweiten Termins, während die Beweisverfahren der weiteren Termine wieder bestehen bleiben. Ebenso bleiben die im ersten, dritten und folgenden Terminen abgegebenen Parteierklärungen wirksam, die des zweiten Termins aber für die gesamte Folgezeit nicht.

Zweifelhaft ist weiter, wie und in welchem Umfang die Aussonderung der vom Anfechtungsgrund des § 579 Abs. I Nr. 4 betroffenen Teile des Verfahrens erfolgen kann.

Wieczorek (191) meint hierzu, im Falle des § 579 Abs. I Nr. 4 werde regelmäßig das gesamte Verfahren betroffen sein. Doch sei es auch denkbar,

(191) Wieczorek § 590, B II b3;

daß für einen "Teilanspruch" die Vertretung ordnungsgemäß gewesen sei, für einen andern aber nicht. Das sei zum Beispiel der Fall, wenn an einem Prozeß verschiedene gesetzliche Vertreter - mehrere Konkursverwalter - zu beteiligen gewesen seien, von denen der eine im Prozeß aufgetretene nur für einen Geltungsbereich bestellt gewesen sei, in den der eine aber nicht der andere Anspruch fiel, oder wenn eine Aktiengesellschaft nur durch den Vorstand vertreten gewesen sei, während sie bezüglich eines Anspruchs durch den Vorstand und den Aufsichtsrat hätte vertreten sein müssen, sofern solche Prozesse nicht getrennt durchgeführt worden seien.

Diese von Wieczorek hier bejahte "sachliche" Isolierung eines von mehreren prozessualen Ansprüchen, also Streitgegenständen, hat - wie ausgeführt - nicht im iudicium rescissorium zu erfolgen, sondern bereits im iudicium rescindens. Soweit Verfahren oder Verhandlung bezüglich des einen prozessualen Anspruchs nicht betroffen waren, hätte keine Aufhebung erfolgen dürfen, wie Wieczorek an anderer Stelle (192) im Widerspruch zu den oben genannten Äußerungen selbst annimmt.

Ob hier jedoch im iudicium rescissorium eine tatsächliche Isolierung des Verfahrens vom Eintritt des Mangels an oder nach Terminen u. a. in Betracht kommt, ist deshalb fraglich, weil die Prozeßvollmacht nach §§ 81, 83 Abs. I grundsätzlich unbeschränkt und unteilbar ist. Beschränkungen sind nur bezüglich der in § 83 Abs. II genannten Prozeßhandlungen möglich. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, im Falle des § 579 Abs. I Nr. 4 sei generell das gesamte Verfahren bis zu einem Zwischen- oder Endurteil als betroffen anzusehen und deshalb insgesamt zu erneuern.

Fehlt es an der Prozeßvollmacht, so sind die der Partei zuzurechnenden Prozeßhandlungen, wie die der Partei gegenüber vorgenommenen Handlungen des Gegners und des Gerichts wirkungslos (193). Um eine teilweise Wirkungslosigkeit des Verfahrens und der Verhandlung zu vermeiden, ist im Interesse der Rechtssicherheit, besonders im Interesse einer geregelten, schnellen und sachgemäßen Prozeßführung die Prozeßvollmacht grundsätzlich unbeschränkt.

Dieser entscheidende Gesichtspunkt kommt im iudicium rescissorium nicht zum Zuge, wenn das Verfahren nach § 590 Abs. I in fehlerhafte und fehlerfreie Teile zerlegt wird. Nur hinsichtlich des als betroffen ausgesonderten und neu zu verhandelnden Teils muß die Prozeßvollmacht grundsätzlich nach §§ 81, 83 eine unbeschränkte sein.

(192) Wieczorek § 590, B II b;

(193) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 56, I, 1;

Aus den bereits dargelegten Gründen ist auch im Falle des § 579 Abs. I Nr. 4 eine tatsächliche Isolierungsmöglichkeit zu bejahen (194). Ist danach beispielsweise ein Urteil einem Geschäftsunfähigen oder einem vollmachtlosen Vertreter zugestellt worden, so ist das Urteil im iudicium rescindens aufzuheben (194a). War nur das Zustellungsverfahren vom Mangel des § 579 Abs. I Nr. 4 betroffen, so bleibt das gesamte übrige Verfahren des Hauptprozesses, einschließlich seiner Beweisverfahren, Beschlüsse, Geständnisse, vor Schluß der mündlichen Verhandlung eingetretenen Präklusionen u. a. bestehen.

Mit der Aufhebung wird nunmehr der Prozeß in die Lage vor Erlaß des Urteils (195), in die Lage vor Schluß der mündlichen Verhandlung (196), zurückversetzt. Verfahren und Verhandlung werden rückwirkend wieder eröffnet. Wie noch eingehend dargelegt wird, können deshalb die Parteien bezüglich des - nicht betroffenen - alten Streitstoffs neue selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und völlig neuen Streitstoff in das iudicium rescissorium einführen. Die "Neuverhandlung" erschöpft sich deshalb nicht in einer formalen Erneuerung des fehlerhaften Zustellungsverfahrens. Trat der Verfahrensmangel des § 579 Abs. I Nr. 4 nach einem bestimmten Termin, einem Beschluß oder Zwischenurteil ein, so ist das Verfahren erst von da an zu erneuern, der im vorangegangenen Verfahren bindend erledigte Streitstoff bleibt erledigt.

Auf die Besonderheit, daß bereits der Akt der Klageerhebung oder der Rechtsmitteleinlegung fehlerhaft war, wird später noch eingegangen.

Bei § 579 Abs. I Nr. 4 ist schließlich noch zu beachten, daß die nicht nach der Vorschrift des Gesetzes vertreten gewesene Partei in der Lage ist, das an sich vom Nichtigkeitsgrund betroffene Verfahren noch im Wiederaufnahmeverfahren zu genehmigung (197). Mit der Genehmigung wird das fehlerhafte Verfahren rückwirkend wirksam, mit der Folge, daß nunmehr das Wiederaufnahmeverfahren unbegründet ist. Nur können den Beklagten unter Umständen die Kosten treffen (198).

(194) Hellwig § 241, VI, 2, S. 875; Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(194a) Beispielsfall siehe Baumbach-Lauterbach § 579, 4; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 579, II, 4; vergl. auch RG 121/63 ff (64);

(195) unscharf Baumbach-Lauterbach § 590, 2; Sydow-Busch § 590, 6;

(196) Seuffert-Walsmann § 590, 2, d;

(197) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 579, II, 4; Baumbach-Lauterbach § 579, 4;

(198) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 579, II, 4;

Jedoch muß die Genehmigung nach §§ 81, 83, 89 die Prozeßführung als ganzes zum Gegenstand haben, die Partei kann also nicht etwa ihre Genehmigung auf einzelne Teile einer von ihr abgegebenen prozessualen Erklärung oder Teile einer einheitlichen Zeugenaussage beschränken (199). Darüberhinaus ist auch keine Genehmigung einzelner innerhalb des mangelhaften Verfahrens abgegebener Erklärungen als ganze oder einzelner Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig (200).

Eine teilweise Genehmigung ist nur möglich, wenn mehrere prozessuale Ansprüche vorliegen, und das diesen zugrundeliegende Verfahren vom Anfechtungsgrund betroffen ist. Dann kann die Partei das Verfahren bezüglich eines Anspruchs genehmigen (201).

Da jedoch die "sachliche" Isolierung bereits im iudicium rescindens erfolgt, ist das Gesamturteil nur bezüglich des nicht genehmigten Anspruchs aufzuheben. Im übrigen ist die Wiederaufnahmeklage als unbegründet abzuweisen.

Fraglich bleibt die Isolierungsmöglichkeit bei § 580 Nr. 5.

Nach herrschender Meinung ist auch hier die Teilung eines durch Urteil unterbrochenen oder abgeschlossenen Verfahrens in weitere betroffene und nicht betroffene Verfahrensabschnitte nicht möglich.

Abgesehen von der bereits genannten Begründung der herrschenden Meinung, beruht diese Auffassung auf dem Schluß, im Falle des § 580 Nr. 5 sei stets das gesamte "Endurteil" von dem Anfechtungsgrund betroffen (202).

Nach § 580 Nr. 5 muß zwar der Richter, der eine Amtspflichtsverletzung in Bezug auf irgendeinen Teil des Verfahrens begangen hat, bei dem "Urteil" mitgewirkt haben, weshalb dieses aufzuheben ist. Wieweit jedoch der Anfechtungsgrund der Amtspflichtsverletzung das Verfahren als betroffen erscheinen läßt, ist eine andere Frage. Auch hier können einzelne Verfahrensabschnitte als betroffen ausgesondert werden, beispielsweise ein einzelnes Beweisverfahren oder eine einzelne richterliche Handlung (203). Im

(199) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(200) RG 110/228 ff (231); a. A. KG OLGRspr 15/153 f, aber im Ergebnis richtig entschieden;

(201) Wieczorek § 590, B II b 3, B II b 6;

(202) Wieczorek § 590, B II b 2;

(203) Bunsen S. 468; RArbGHRR 36/603; Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

übrigen bleibt das Verfahren des Vorprozesses bestehen. Ist, wie Hellwig (204) ausführt, nicht schon das Zwischenurteil, sondern erst das Endurteil von dem rechtsbeugenden Richter erlassen, so ist nur das Verfahren nach dem Zwischenurteil zu wiederholen, und zwar so, daß auch die nach diesem erfolgten Geständnisse, Zustimmungen zu Klageänderungen u. a., - sofern sie von der Rechtsbeugung nach § 580 Nr. 4 nicht betroffen sind -, in Kraft bleiben.

c.) Hinsichtlich des Betroffenseins des Verfahrens bei formellen Fehlern ist also zusammenfassend folgendes festzustellen :

Die "sachliche" Isolierung nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes und die "zeitliche" Isolierung nach Urteilen gleich welcher Art erfolgt bereits im *iudicium rescindens*.

Im *iudicium rescissorium* ist dagegen nach § 590 Abs. I eine "tatsächliche" Isolierung einzelner betroffener Verfahrensteile oder -punkte und gegebenenfalls mitbetroffener einzelner Teile oder Punkte der materiellen Verhandlung möglich, wobei Termine, Beschlüsse und der Eintritt des Verfahrensmangels selbst die Grenze zwischen betroffenem und nicht betroffenem Teil bilden können.

3.) Ohne auch hier zunächst auf den tatsächlichen Umfang der Neuverhandlung näher einzugehen, ist jetzt der Umfang des Betroffenseins des früheren Rechtsstreits bei den materiellen Mängeln des § 580 zu untersuchen.

a.) Als Vertreter der herrschenden Ansicht meint Stein-Jonas-Schönke-Pohle (205), es könne allein ein zum Erlaß eines Teilurteils geeigneter Teil des Anspruchs oder einer von mehreren Ansprüchen als betroffen ausgeschaltet werden. Innerhalb eines einheitlichen prozessualen Anspruchs sei eine Trennung in der Weise, daß nur einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel, etwa Klagegründe, Einreden, Repliken usw. vom Anfechtungsgrund betroffen oder nicht betroffen werden, durch die Einheit

(204) Hellwig § 241, VI, 2, b, S. 875;

(205) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590 II, 1; auch Baumbach-Lauterbach § 590, 2; RG 75/53 ff (58); Wieczorek § 590, B II a 1, B II b 1, B II b 4 entgegen B II c 1;

der mündlichen Verhandlung und die Richteraufgabe ausgeschlossen. Im übrigen könnten der Prozeßstoff nur vor einem Teil- oder Zwischenurteil unberührt, alle früheren Parteierklärungen, Beweiserhebungen, Prälusionen usw. bestehen bleiben. Zu diesem erledigten Prozeßstoff könnten dann keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden. Wenig folgerichtig sollen jedoch auch in dem betroffenen und neu zu verhandelnden Teil Parteierklärungen und Prälusionen bindend bleiben, wenn der Restitutionsgrund nicht gerade sie betreffe (206).

Gegen diese Ansicht bestehen die gleichen Bedenken, wie sie bei der Erörterung des Umfangs des Betroffenseins bei den formellen Mängeln dargelegt wurden. Die sachliche Isolierung im Umfange des Streitgegenstandes erfolgt bereits im iudicium rescindens durch teilweise Aufhebung, ebenso die zeitliche Isolierung nach Zwischen- oder Endurteilen (207).

Weiterhin ist der herrschenden Meinung auch hier die Inkonsequenz vorzuwerfen, daß sie einerseits den gesamten materiellen Streitstoff eines Streitgegenstandes oder Teils desselben bzw. den gesamten materiellen Streitstoff, der durch ein End- oder Zwischenurteil erledigt wurde, als betroffen ansieht, andererseits aber einzelne materielle und formelle Verhandlungs- und Verfahrenspunkte als nicht "unmittelbar" betroffen weiterhin für bindend hält. Die Weitergeltung dieser einzelnen Teile des Streitstoffs kann sie nicht erklären. Es kommt hinzu, daß § 590 Abs. I als eine das iudicium rescissorium betreffende Bestimmung die Isolierung nach Urteilen überhaupt nicht erfaßt und von einer tatsächlichen Isolierungsmöglichkeit ausgeht. Auch nach den Motiven (208) betreffen die Restitutionsgründe des § 580 Nr. 1-3, 6 und 7 zumindest nur einzelne Punkte des Rechtsstreits. Wäre die herrschende Ansicht folgerichtig und müßte der von ihr als betroffen angesehenen Teil des Streitstoffs auch in vollem Umfang neuverhandelt werden, hätte § 590 Abs. I jede Bedeutung verloren.

Aber auch dann, wenn man der herrschenden Ansicht voll folgt, ist die in § 590 Abs. I vorgesehene Beschränkungsmöglichkeit dadurch entwertet, daß dem angefochtenen Endurteil in der Regel kein Teil- oder Zwischenurteil vorausgeht, das als Isolierungsgrenze dienen könnte.

(206) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 2, und vergl. N. 205;

(207) In aller Regel ist bei einem einzelnen nach § 301 aber teilbaren Streitgegenstand ein Punkt des Streitstoffs betroffen, der dem gesamten Streitgegenstand zugrundeliegt, weshalb in diesen Fällen in aller Regel das ganze Urteil aufzuheben ist. Vergl. N. 177, 178;

(208) Motive S. 386 unter § 529;

Ferner zwingt der als Begründung herangezogene Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung nicht zu einer erneuten Verhandlung des gesamten früheren Streitstoffs und damit zu einem Verbot des Aussonderung einzelner Verhandlungsteile. Er bestimmt den Umfang der Neuverhandlung im Sinne des § 590 Abs. I nur insoweit, als aus ihm die Möglichkeit folgt, nach §§ 278, 283 neue selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel bezüglich des gesamten Streitstoffs vorzubringen und neuen Streitstoff in das iudicium rescissorium einzuführen. Insbesondere ist es in den Rechtsmittelverfahren auf Grund der Verhandlungsmaxime möglich, einzelne Streitpunkte des Vorprozesses von der Neuverhandlung auszuschließen. Was in den Rechtsmittelverfahren auf Grund der Verhandlungsmaxime schon möglich ist, ist es im Wiederaufnahmeverfahren auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung erst recht.

Zu dem als Begründung herangezogenen Gesichtspunkt der Richteraufgabe ist schließlich zu bemerken, daß auch dieser einer Aussonderung einzelner Streitpunkte nicht entgegensteht. Nur muß der Richter im Rechtsmittel wie im Wiederaufnahmeverfahren in seiner tatsächlichen und rechtlichen Würdigung der gesamten, sowohl der als betroffen weggefallenen und neu verhandelten, wie der als nicht betroffen bestehen gebliebenen Streitpunkte völlig frei sein, insbesondere also die fortbestehenden Beweisaufnahmen und -ergebnisse frei würdigen können. Hierzu sei auf die Darlegungen zur Neuentscheidung verwiesen.

Bemerkenswert bleibt, daß Wieczorek (209) und andere (210) in den Fällen der §§ 579, 580 Nr. 5 das ganze Verfahren bis zu einem Urteil als betroffen ansehen, aber in den Fällen des § 580 Nr. 1-3, 6 und 7 die Aussonderung einzelner Streitpunkte zulassen. Eine einzelne Beweisaufnahme nach § 580 Nr. 1-3 könnte also ausgesondert werden, ein nach § 580 Nr. 5 fehlerhaftes Beweisverfahren oder ein Beweisverfahren innerhalb eines nach § 579 Abs. I Nr. 1-3 fehlerhaften Termins dagegen nicht.

b.) Auch bei den materiellen Mängeln ist danach eine Isolierung einzelner Streitpunkte als betroffen möglich (211). Nach den zutreffenden

(209) Wieczorek § 590, B II c 1: mit Ausnahme des § 579 Abs. I Nr. 4;

(210) Sydow-Busch § 590, 1; Meyer-Hirschmann-Schiller § 590, 1;

(211) Förster-Kann § 590, 1, a, aa; Hellwig § 241, VI, 2, b, S. 875; Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, b, unter a-c; Petersen § 590, 2; Motive S. 386 unter § 529; RG 13/379 ff (385); RGJW 1894/181; RArbGHRR 36/603; und N. 210;

Ausführungen bei Förster-Kann (212) wird deshalb in den Fällen des § 580 Nr. 1-3 der frühere Prozeß nur hinsichtlich des verletzten Parteieides, des Urkunden-, Zeugen- oder Sachverständigenbeweisen beseitigt. Die Restitutionsklage aus § 580 Nr. 4 und 5 führt ebenfalls nur zur Beseitigung derjenigen Teile des Hauptprozesses, die von der unerlaubten Handlung betroffen sind. Ist die Restitutionsklage gemäß § 580 Nr. 6 erhoben, so sind diejenigen Teile der Urteilsgrundlage als betroffen auszuschalten, die auf Grund der tatsächlichen Beweiskraft oder auf Grund der materiellen Rechtskraft des aufgehobenen Urteils festgestellt worden waren.

Die auf Grund des aufgehobenen Urteils getroffenen Feststellungen gelten dann wieder als unbewiesen.

Liegt gemäß § 580 Nr. 7a ein "in derselben Sache" erlassenes früher rechtskräftig gewordenes Urteil vor, so ist zu beachten, daß für die Begründung der Restitutionsklage nicht erforderlich ist, daß dem früheren Prozeß der gleiche Streitgegenstand zugrundelag wie dem späteren, die materielle Rechtskraft dem angefochtenen Urteil also in vollem Umfang entgegenstehen würde. Jede materielle Rechtskraftwirkung genügt vielmehr (213). Nach Förster-Kann (214) beseitigt die Klage dementsprechend nur den im Widerspruch zur Rechtskraft des früheren Erkenntnisses stehenden Teil des Urteils und betrifft insoweit auch das Verfahren. Hellwig (215) äußert zu § 580 Nr. 7a richtig, sofern ein älteres Urteil vorgelegt würde, dessen rechtskräftige Feststellung die nochmalige Erörterung der entschiedensten Frage ausschließe, unterbliebe diese natürlich. Sei beispielsweise die Pfandklage abgewiesen, weil die Forderung nicht bestehe, und werde jetzt eine ihre rechtskräftige Feststellung enthaltende Entscheidung vorgelegt, so werde der Beklagte hierzu nicht mehr gehört, sondern nur noch mit neuen Tatsachen. Sei die Klage aus ererbter Forderung abgewiesen worden, weil der Kläger nicht Erbe sei und werde jetzt ein das Erbrecht bindend bejahendes Urteil vorgelegt, so sei nur noch über den Bestand der Forderung zu verhandeln.

Im Falle des § 580 Nr. 7a ist also derjenige materielle Streitstoff als betroffen auszusondern, der in Widerspruch zur materiellen Rechtskraft des früheren Urteils steht.

Die Klage aus § 580 Nr. 7b endlich läßt das gesamte Verfahren und das ge-

(212) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(213) Baumbach-Lauterbach § 590, 4, B;

(214) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(215) Hellwig § 214, VI, 2, b, S. 875 f; siehe auch Seuffert-Walsmann § 590, 2, c;

samte Verhandlungsergebnis des Hauptprozesses bestehen und führt nur zu neuer tatsächlicher und rechtlicher Würdigung des alten Streitstoffs (216) und zu einer Verhandlung über die neuen selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel oder den neu eingebrachten Streitstoff. Es ist gerade die Besonderheit des § 580 Nr. 7b daß er sich auf Streitstoff bezieht, der bisher unberücksichtigt blieb. Im *iudicium rescissorium* wird nur eine Ergänzung der unvollständigen Urteilsgrundlage des angefochtenen Urteils vorgenommen.

Der danach nicht betroffene Teil der materiellen Verhandlung und des formellen Verfahrens bleibt bestehen, einschließlich aller Verfügungen, Beschlüsse, Beweisaufnahmen, Eidesleistungen, Präklusionen, Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichte, Zustimmungen zu Klageänderungen u. a. Er bleibt für das *iudicium rescissorium* bindend (217), wie es im Ergebnis auch der heute herrschenden Ansicht entspricht.

c.) Hinsichtlich des Betroffenseins bei den materiellen Mängeln ergibt sich demnach zusammenfassend folgendes :

Die "sachliche" Isolierung nach Umfang und Teilbarkeit des Streitgegenstandes oder die "zeitliche" nach Teil- oder Zwischenurteilen erfolgt im *iudicium rescindens*.

Im *iudicium rescissorium* ist eine "tatsächliche" Isolierung einzelner Punkte oder Teile des materiellen Streitstoffs der Verhandlung als vom Restitutionsgrund betroffen möglich, sowie die Aussonderung möglicherweise mitbetroffener Teile des formellen Verfahrens.

4.) Wie die bisherigen Erörterungen zum Umfang des Betroffenseins und des davon abhängigen Umfangs der Neuverhandlung zeigen, können sowohl die Nichtigkeitsgründe als auch die Restitutionsgründe einzelne Punkte des früheren Rechtsstreits betreffen. Andererseits können Nichtigkeits- wie Restitutionsgründe auch den gesamten früheren Prozeß ergreifen.

(216) Förster-Kann § 590, 1, a, aa;

(217) Seuffert-Walsmann § 590, 2, b; Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, c; und N. 211;

Es ist daher ungenau (218), wenn die Motive (219) den Fall des § 580 Nr. 5 herausheben und den Fällen des § 579 zur Seite stellen. Eine "innere Verschiedenheit" zwischen beiden Klagen besteht weder ihrem "Wesen" noch ihren "Wirkungen" nach (220). "Begriffsmäßig" hat die Nichtigkeitsklage keine größere Tragweite als die Restitutionsklage, eine "grundsätzliche" Verschiedenheit hinsichtlich des Umfangs des Betroffenseins und damit der Neuverhandlung besteht nicht (221). Hervorgehoben zu werden verdient lediglich der Umstand, daß bei der Restitutionsklage häufiger als bei der Nichtigkeitsklage der Anfechtungsgrund sich nur auf einzelne Streitpunkte, etwa die Beweisbarkeit einer Behauptung nach § 580 Nr. 1-3, erstreckt (222). Im übrigen lassen sich hinsichtlich des Umfangs des Betroffenseins keine generelle Aussagen machen. Der Umfang ist von Fall zu Fall verschieden (223).

5.) Einige Fälle sind jedoch besonders zu erwähnen, in denen es ungeachtet der Wirksamkeit des Anfechtungsgrundes zu einer eigentlichen Neuverhandlung nicht kommt.

a.) Das sind zunächst die Fälle, in denen etwa wegen Vertretungsmangels oder einer nach § 263 StGB strafbaren Erschleichung der öffentlichen Zustellung (224) bereits der Akt der Klageerhebung oder, sofern sich die Wiederaufnahme gegen ein Urteil der Rechtsmittelinstanz richtet, bereits der Akt der Rechtsmitteleinlegung von den Anfechtungsgründen der §§ 579 Abs. I Nr. 4, 580 Nr. 4 betroffen ist. Hierzu findet sich dann die Ansicht (225), der Rechtsstreit oder das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz sei mithin überhaupt nicht wirksam anhängig geworden.

(218) Hellwig S. 875 F. 60;

(219) Motive S. 386 unter § 529, siehe auch S. 378 vor § 517;

(220) v. Kries S. 468 Das spricht dafür, daß der erste Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens bei Nichtigkeits- und Restitutionsklage der gleiche ist, vergl. N. 141;

(221) Planck § 161, III, S. 585; Hellwig S. 875, F. 60;

(222) Planck § 161, III, S. 585;

(223) Petersen § 590, 2; insoweit auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 1;

(224) vergl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 580, II, 4;

(225) Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, a;

Einen gegensätzlichen Standpunkt nimmt Rosenberg (226) ein. Überzeugend legt er dar, daß in der Tat auch die Klage eines Prozeßunfähigen den Prozeß und das Prozeßrechtsverhältnis hinsichtlich dieses Streitgegenstandes begründet, daher die Rechtshängigkeit eintreten lasse und eine Verhandlung und Entscheidung notwendig mache. Nur werde die Klage wegen des Mangels dieser Prozeßvoraussetzung als unzulässig abgewiesen. Auch wenn die Zustellung der Klageschrift vom Anfechtungsgrund betroffen war, tritt danach die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes und die Anhängigkeit des diesem zugrundeliegenden Streitstoffes ein. Nicht anders ist es, wenn die Rechtsmitteleinlegung fehlerhaft war. Auch dann wird auf Grund des Devolutiveffekts der Streitgegenstand in der höheren Instanz rechtshängig und der gesamte diesem zugrundeliegende Streitstoff in der höheren Instanz anhängig.

Im Wiederaufnahmeverfahren wird mit Aufhebung des angefochtenen Urteils deshalb auch hier rückwirkend der Streitgegenstand und der Streitstoff des früheren Rechtsstreits rechts- bzw. anhängig.

Schon hieraus folgt die Unrichtigkeit (227) einer weiterhin vertretenen Ansicht (228) im Falle der fehlerhaften Klageerhebung komme es zu keinem dritten Verfahrensabschnitt, das Wiederaufnahmeverfahren ende vielmehr bereits mit dem iudicium rescindens durch ein nur die Aufhebung aussprechendes Endurteil, zumindest (229) wenn die Partei die Klage nicht erneut erheben wolle.

Nicht richtig ist auch die Ansicht Hellmanns (230), im Falle der fehlerhaften Klageerhebung habe das Wiederaufnahmegericht zu verfügen, daß die Klage von neuem zu erheben sei. Diese Verfügung könne, wie jede die Zulässigkeit der Klage und ihre Begründung betreffende Verfügung, durch Zwischenurteil erfolgen. Nach Erneuerung der Klageerhebung innerhalb des Wiederaufnahmeverfahrens sei alsdann die Hauptsache von neuem zu verhandeln. Eine gerichtliche Anordnung der Klageerhebung oder der Rechtsmitteleinlegung würde einen unzulässigen Verstoß gegen die Dispositionsmaxime darstellen. Zudem fehlt es für sie an jeder gesetzlichen Grundlage.

Auch ist aus der Bemerkung der Motive (231), wenn die Klageerhebung be-

-
- (226) Rosenberg § 89, I, 3, und § 97, II, d;
(227) so richtig Petersen § 590, 2; v. Kries S. 506;
(228) Nußbaum S. 96; Reincke § 590, II, 2, S. 516;
(229) Reincke § 590, II, 2, S. 516;
(230) Hellmann § 553 CPO, 2, S. 503 f;
(231) Motive S. 386 unter § 529;

reits vom Anfechtungsgrund betroffen sei, könne erst nach erneuter Klageerhebung über die Hauptsache selbst verhandelt werden, nicht zu folgern, die Partei könnte nunmehr von sich aus innerhalb des Wiederaufnahmeverfahrens die Klageerhebung fehlerfrei wiederholen. Ebenso wenig ist eine Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz zum Zwecke dortiger erneuter Verhandlung der Hauptsache zulässig, wenn das Wiederaufnahmeverfahren nach § 584 Abs. I beim Berufungsgericht anhängig ist (232). Alle Konstruktionen dieser Art sind dem Wiederaufnahmeverfahren vollkommen systemfremd.

Da ein Verfahren rechts- und anhängig ist, kommt es auf Grund der Aufhebung des angefochtenen Urteils auch zu einer "Wiederaufnahme des Verfahrens", zu einem *iudicium rescissorium*. Wie sonst, insbesondere in den Rechtsmittelverfahren, ist im *iudicium rescissorium* ohne weitere Sachprüfung, ohne eigentliche Neuverhandlung der Hauptsache, die im Hauptprozeß fehlerhaft erhobene Klage als unzulässig abzuweisen bzw. das Rechtsmittel, das im Hauptprozeß fehlerhaft eingelegt war, als unzulässig zu verwerfen (233). Dem Wiederaufnahmebeklagten steht es dann frei, die Klage erneut bei dem sonst zuständigen Gericht zu erheben.

Da die Verwerfung "als unzulässig" nicht den Verlust des Rechtsmittels überhaupt, sondern nur den Verlust des "eingelegten" Rechtsmittels bedeutet, scheint der Wiederaufnahmebeklagte theoretisch auch das Rechtsmittel erneut einlegen zu können. Nur wird durch Fristablauf oder aus sonstigem Grund die formelle Rechtskraft bereits eingetreten sein. Skonietzky-Gelpcke (234) meint in diesem Zusammenhang, das im früheren Verfahren eingelegte Rechtsmittel, über das das angefochtene Urteil sachlich entschieden habe, sei als unzulässig zu verwerfen, wenn die Rechtsmittelfrist durch wirksame Urteilszustellung im früheren Verfahren in Lauf gesetzt und demzufolge inzwischen abgelaufen sei. Es sei aber als wirkungslos eingelegt zu erklären, wenn die Rechtsmittelfrist noch nicht zu laufen begonnen habe, weil bisher das vorinstanzliche Urteil noch nicht oder nicht wirksam zugestellt sei.

Im ersten Falle ist also bei einer nach §§ 579 Abs. I Nr. 4, 580 Nr. 4 fehlerhaften Rechtsmitteleinlegung das Rechtsmittel unter Aufhebung des ange-

(232) Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, a;

(233) Förster-Kann § 590, 3; Hellwig § 241, IV, 2, a, S. 875; Bunsen S. 468; Wilnowsky-Levy § 553 CPO, 1; KGOLGRspr 15/152 ff (153);

(234) Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, a;

fochtenen Urteils wegen dieses Fehlers - nicht etwa wegen Fristablaufs - als unzulässig zu verwerfen.

Auch einem Rechtsmittel, das später als unzulässig verworfen wird, kommt zunächst ein Suspensiveffekt zu. Der Eintritt der formellen Rechtskraft des angefochtenen Urteils der unteren Instanz ist bis zur Beendigung der Rechtsmittelinstanz gehemmt (235). Erst wenn das Rechtsmittel formell rechtskräftig verworfen wird, ist damit festgestellt, daß durch die Einlegung des Rechtsmittels eine Hemmung der formellen Rechtskraft des angefochtenen Urteils der unteren Instanz nicht eingetreten ist, und dieses damit schon bei Fristablauf rechtskräftig war (236).

Wird nun im *iudicium rescindens* ein Rechtsmittelurteil wegen fehlerhafter Einlegung des Rechtsmittels formell rechtskräftig aufgehoben, so wird rückwirkend die formelle Rechtskraft des Rechtsmittelurteils beseitigt. Der mit der, auch fehlerhaften, Rechtsmitteleinlegung eingetretene Suspensiveffekt wirkt fort, ein Verlust durch Fristablauf kann nicht eintreten.

Wenn dann aber in *iudicium rescissorium* rechtskräftig das eingelegte Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird, wird festgestellt, daß eine Hemmung nicht eingetreten und das Urteil der unteren Instanz schon mit Fristablauf rechtskräftig war; mit anderen Worten, der Suspensiveffekt des eingelegten Rechtsmittels entfällt wieder rückwirkend und die Rechtskraft des Urteils der unteren Instanz ist dann schon eingetreten, weil kein Rechtsmittel eingelegt war. Der Wiederaufnahmebeklagte hätte also nur zwischen der rechtskräftigen Aufhebung im *iudicium rescindens* und der rechtskräftigen Verwerfung des Rechtsmittels im *iudicium rescissorium* ein weiteres Rechtsmittel einlegen können, vorausgesetzt natürlich, daß diese Entscheidungen nicht wie in aller Regel in einem einheitlichen Akt ergangen und gleichzeitig rechtskräftig geworden sind.

Aber auch im Falle zweier selbständiger Entscheidungen wäre mit Rechtskraft des Verwerfungsurteils im *iudicium rescissorium* das weitere Rechtsmittel rückwirkend wieder unzulässig geworden.

Zu dem von Skonietzky-Gelpcke (237) angeführten weiteren Fall, in dem die Rechtsmitteleinlegung wegen fehlender Zustellung (238) des vorinstanz-

(235) Baumbach-Lauterbach § 705, 2, A,

(236) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 705, II, 2; Baumbach-Lauterbach § 705, 2, A; RGDR 43/619; a. A. RJM v. 15. 9. 42 in DJ 1942/606;

(237) Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, a;

(238) bei fehlerhafter Zustellung kann Urteil, wie § 578 voraussetzt, formell rechtskräftig werden: Rosenberg § 155, I, 1, b, § 42, III, 4, § 50, III, 2, § 51, II, 4, zumindest nach §§ 516, 552;

lichen Urteils vor Beginn des Laufes der Rechtsmittelfrist erfolgte, ist zu bemerken, daß die Einlegung gleichwohl wirksam ist. Denn sie ist nach der Verkündung auch vor der Zustellung möglich (239) (240).

b.) Ein weiterer Sonderfall, in dem es zu keiner eigentlichen Neuverhandlung der Hauptsache, wenn auch zu einem dritten Verfahrensabschnitt kommt, ergibt sich aus § 580 Nr. 7 a. Liegt ein Urteil vor, das bereits über den gleichen Streitgegenstand wie das angefochtene Urteil entschieden hat, so wird das angefochtene Urteil aufgehoben (241). Einer Neuverhandlung des wieder rechts- und anhängigen Rechtsstreits steht jedoch dann die Einrede der materiellen Rechtskraft entgegen. Die Klage des Hauptprozesses ist als unzulässig abzuweisen. Wirkt die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dagegen nur präjudiziell, so erfolgt nur insoweit keine Neuverhandlung, als die *exceptio rei iudicata* entgegensteht (242).

C.) Die Möglichkeit neuen Vorbringens in der Neuverhandlung (Verhandlungsmaxime).

Im Umfang des Betroffenseins ist nach § 590 Abs. I die Hauptsache nunmehr von neuem zu verhandeln.

1.) Bei Verfahrensmängeln ist demgemäß in diesem Umfang des Betroffenseins das formelle Verfahren und die innerhalb des betroffenen Verfahrens erfolgte materielle Verhandlung zu erneuern.

Ist das gesamte Verfahren von den Anfechtungsgründen betroffen, so können

(239) Baumbach-Lauterbach § 516, 1; RG 110/169 ff (170);

(240) Zu den Möglichkeiten der Genehmigung fehlerhafter Klageerhebung und Rechtsmitteleinlegung, vergl. Förster-Kann § 590, 3; Hellwig S. 875 F. 57; KG OLG³pr. 15/152 ff (153);

(241) vergl. N. 213-215;

(242) Seuffert-Walsmann § 590, 2, c;

beide Parteien ungehindert durch Präklusionen und ohne Bindung an ihr früheres Vorbringen nicht nur die im Hauptprozeß vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel wiederholen, sondern auch neue, völlig selbständige, vom früheren Vorbringen unabhängige geltend machen; das alles jedoch nur nach Maßgabe der Vorschriften der betreffenden Instanz. Denn die neue Verhandlung steht unter den für die Instanz geltenden Normen (§ 585) (242a). Der Prozeß gestaltet sich deshalb gegebenenfalls völlig anders als früher.

Ist jedoch nur ein Teil des Verfahrens vom Nichtigkeitsgrund betroffen und zu wiederholen, so können beide Parteien zwar unbestritten nicht nur ihr früheres Vorbringen erneuern, sondern auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen; ob sich diese neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel aber nur auf den Streitstoff beziehen dürfen, der in dem fehlerhaften Verfahrensteil des Hauptprozesses verhandelt wurde, ist streitig.

Dies wird mehrfach (243) behauptet. Nach Planck (244) sollen die Parteien, wenn nur ein Teil des Verfahrens vom Nichtigkeitsgrund betroffen ist, auf die ~~da~~ dahin, also in den fehlerhaften Verfahrensteil, gehörenden Rechtsbehelfe beschränkt sein; das Nachholen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, neuer Beweis- und Gegenbeweismittel sei nur dann zulässig, wenn sie den im aufgehobenen und erneut zu verhandelnden Stück des Verfahrens festzustellenden Punkt betreffen.

Das sei anders in den verwandten Fällen der Zurückverweisung der Sache durch das Berufungs- oder Revisionsgericht unter Aufhebung eines Teils des insoweit mangelhaften Verfahrens (§§ 539, 564 Abs. II). Dort sei alsdann die Nachholung neuer Rechtsbehelfe, soweit nicht unaufgehobene Zwischenurteile, Präklusionen, Geständnisse u. a. entgegenständen, eine unbeschränkte. Denn dort werde die "Sache", also der ganze Prozeß, zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, freilich unter Aufrechterhaltung der nicht aufgehobenen Teile des Verfahrens.

Bei der Nichtigkeits- und Restitutionsklage aber solle die Hauptsache nur insoweit, als sie vom Anfechtungsgrund betroffen sei, neu verhandelt werden.

(242a) Rosenberg § 156, IV, 3; vergl. III, D, 6 der Arbeit . in der Berufung also nur im Rahmen des § 529;

(243) Struckmann-Koch § 590, 2; Sydow-Busch § 590, 2; Neukamp § 590, 1; der nichtbetroffene Tatbestand bleibe unverändert in Geltung; im Ergebnis auch Baumbach-Lauterbach § 590, 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 2 und 3, nur daß letztere die "tatsächliche" Isolierfähigkeit ablehnen;

(244) Planck § 160, III, A, 3, c, S. 574 und F. 54;

Der Unterschied rechtfertigt sich gesetzgeberisch durch die Rücksicht auf den der Rechtskraft gebührenden Schutz. Dort solle das Endurteil erst gefunden werden, hier sei es bereits rechtskräftig gesprochen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht einzelne Punkte des Streitstoffs oder des Verfahrens in Rechtskraft erwachsen können, sondern nur der Streitgegenstand. Mit Aufhebung des angefochtenen Urteils ist diese Rechtskraft beseitigt, und nicht nur insoweit, als der Streitstoff oder das Verfahren des früheren Prozesses von den Anfechtungsgründen betroffen ist. Der der Rechtskraft gebührende Schutz muß nur im iudicium rescindens berücksichtigt werden.

Weder hieraus noch aus dem Wortlaut der §§ 539, 564 Abs. II, wonach die Sache gerade unter Aufrechterhaltung des nicht betroffenen Verfahrens zur Neuverhandlung zurückverwiesen wird, kann deshalb auf einen grundlegenden Unterschied zwischen der Neuverhandlung nach Zurückverweisung in den Rechtsmittelverfahren und der Neuverhandlung im Wiederaufnahmeprozess geschlossen werden.

Der Ansicht Plancks und der anderen Autoren (244a), die in Übereinstimmung mit ihr zwar eine "tatsächliche" Isolierfähigkeit einzelner betroffener Verfahrensteile anerkennen, das neue Vorbringen aber auf den in dem betroffenen Verfahrensteil verhandelten Streitstoff beschränkt wissen wollen, steht weiterhin das Bedenken entgegen, daß es praktisch meist nicht möglich ist festzustellen, welcher Streitstoff, welche materielle Einrede, Nebenforderung (245) u. a. in einem beispielsweise nach § 579 Abs. I Nr. 1-3 fehlerhaften einzelnen Termin des Hauptprozesses verhandelt wurde. Die Terminsprotokolle geben gemäß § 160 hierüber nur unzureichende Auskunft. Allenfalls dann, wenn nur ein einzelnes Beweisverfahren von § 580 Nr. 5 betroffen ist, wäre eine Beschränkung der neuen Beweis- und Gegenbeweismittel auf das aus dem Beweisbeschluß feststellbare Beweisthema praktisch möglich.

Ferner hängt nach der Ansicht Plancks und anderer der Umfang des zulässigen neuen Vorbringens vom Zufall ab, ob und welcher Streitstoff in dem betroffenen Termin gerade tatsächlich verhandelt wurde.

Ist etwa nur das Zustellungsverfahren nach § 579 Abs. I Nr. 4 betroffen, so wären keinerlei neue Angriffs- und Verteidigungsmittel möglich, das

(244a) vergl. N. 243;

(245) Bezüglich ihrer sollen nur Repliken, Dupliken oder Beweise und Gegenbeweise zulässig sein.

iudicium rescissorium würde sich in einer rein formalen Erneuerung des formellen Verfahrens erschöpfen, was weder mit dem Willen der Parteien noch mit dem Zweck eines - wenn auch außerordentlichen - Rechtsmittels vereinbar ist.

Inbesondere aber wäre der Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung verletzt, nach dem alle Termine einander gleichwertig sind und bezüglich der Verhandlung des Streitstoffs eine Einheit bilden (246). In jedem einzelnen Termin ist das Gericht mit dem gesamten "anhängigen" Streitstoff "befaßt", auch wenn nur über einzelne Streitpunkte tatsächlich verhandelt wird. Beschränkt man das neue Vorbringen auf den innerhalb eines einzelnen betroffenen Termins verhandelten Streitstoff, würde man den Terminen eine präklusive Bedeutung hinsichtlich des neuen Vorbringens zuerkennen, was dem Grundsatz der einheitlichen mündlichen Verhandlung widerspricht. Bezüglich des Umfangs des neuen Vorbringens darf es keinen Unterschied machen, ob der Prozeß in einem oder mehreren Terminen stattgefunden hat. Entscheidend kommt hinzu, daß mit Aufhebung des angefochtenen Urteils rückwirkend sowohl das Verfahren als auch die mündliche Verhandlung wieder eröffnet wird.

Mit der Aufhebung wird der Prozeß nicht nur in die Lage vor Erlaß des Urteils (247) schlechthin zurückversetzt, sondern in die Lage vor Schluß der mündlichen Verhandlung.

Zutreffend legt Seuffert-Walsmann (248) dar, daß mit Aufhebung des angefochtenen Urteils sich der Prozeß wieder in der Lage befände, in der er sich befunden habe, ehe der Schluß der mündlichen Verhandlung eingetreten sei. Nach dem System der Zivilprozeßordnung könnten aber Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, auf welches das Urteil, also jetzt das des iudicium rescissorium ergehe. Wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung (§§ 278, 283) seien danach neue Angriffs- und Verteidigungsmittel hinsichtlich des gesamten, also auch des nicht betroffenen Streitstoffs zulässig, soweit kein unaufgehobenes Zwischen- oder Teilurteil im Wege stehe. Aus dem Gesetz ließe sich eine Beschränkung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel auf die konkrete Tatsache nicht herleiten.

Dieser auch von Hellwig (249) vertretenen Auffassung, der wie Seuffert-

(246) vergl. N. 183;

(247) Baumbach-Lauterbach § 590, 2; u. N. 195;

(248) Seuffert-Walsmann § 590, 2, d;

(249) Hellwig § 241, VI, 2, b, S. 875 F. 61; vergl. auch Rosenberg § 156, IV, 3c; Schiedermaier, Festschr. f. H. Dölle, S. 351;

Walsmann andererseits eine "tatsächliche" Isolierfähigkeit einzelner betroffener Verfahrensteile anerkennt, ist zuzustimmen.

Neue Beweis- und Gegenbeweismittel, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind deshalb bezüglich des gesamten Streitstoffs zulässig, gleichgültig, ob und in welchem Umfange dieser in einem fehlerhaften oder fehlerfreien Verfahrensteil verhandelt wurde.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht entscheidend auch der Zweck der Wiederaufnahme. Als Rechtsmittel - wenn auch als außerordentliches - hat die Wiederaufnahmeklage die Richtigstellung der früheren Entscheidung, die materielle Gerechtigkeit zum Ziel und damit auch die Anpassung der Entscheidung an die jetzige Rechtslage.

Der Auffassung, die Neuverhandlung sei ausschließlich eine Rückbeziehung auf den früheren Rechtsstreit, und der Richter müsse nun so entscheiden, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn das *iudicium rescissorium* schon damals stattgefunden hätte, begegnet Schoetensack (250) zu Recht mit dem Argument, dieser Ansicht fehle jeder historische Anknüpfungspunkt. Überzeugender noch ist sein weiteres Argument, daß das Gesetz, wenn es schon einmal in die Urteilsrechtskraft eine Bresche legen lasse, auch das neue Urteil auf möglichst richtigen, nicht eventuell längst veralteten Grundlagen errichtet wissen wolle.

Auch hieraus folgt, daß neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere auch neu entstandene oder der Partei erst jetzt bekannt gewordene, unbeschränkt zuzulassen sind.

Nur bleiben die im Hauptprozeß bereits erfolgten Präklusionen (§§ 39, 274, 295 u. a.) erhalten, bindende Parteierklärungen, Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen u. a. bleiben bindend, sofern sie im fehlerfreien Teil des formellen Verfahrens erfolgt waren (251).

Ist beispielsweise im fehlerfreien ersten Termin über die Behauptung einer Partei durch Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben worden und hat die Partei eine andere vom Gegner behauptete Tatsache zugestanden, so können gemäß § 283 bezüglich der ersten Behauptung neue Beweis- und Gegenbeweismittel geltend gemacht werden, so daß zwar die Beweisaufnahmen und -ergebnisse des nicht betroffenen ersten Termins im einzelnen

(250) Schoetensack S. 279;

(251) was sich aus den Protokollen nach § 160 feststellen läßt;

aufrechterhalten bleiben, das Gesamtergebnis der Beweisaufnahmen und die Beweiswürdigung jedoch völlig andere sein können als im Hauptprozeß.

Die zugestandene Tatsache bedürfen dagegen nach § 288 Abs. I auch weiterhin keines anderen Beweises. Das Geständnis kann im *iudicium rescis-sorium* nur nach § 290 widerrufen werden.

Daß neues Vorbringen beider Parteien bezüglich des gesamten, auch in den nicht betroffenen Verfahrensteilen verhandelten Streitstoffs zulässig ist, steht auch nicht im Widerspruch zu der anerkannten tatsächlichen Isolier-fähigkeit einzelner betroffener Verfahrens- und Verhandlungsteile.

Aus dem vornehmlich zur Begründung der Zulässigkeit neuen Vorbringens angeführten Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung ist entgegen der herrschenden Ansicht (252) nicht der Schluß zu ziehen, nur Urteile könnten bei der Aussonderung des betroffenen vom nicht betroffenen Teil die Grenze bilden, weil der Streitstoff ja doch in vollem Umfang neu zu verhandeln sei. Bei der Frage nach dem Umfang des Betroffenseins, der Frage also, ob und welche Teile des alten Verfahrens oder der alten Verhandlung aufrechterhalten werden können, spielt der genannte Grundsatz keine Rolle (252a).

Bejaht man im Falle des § 590 Abs. I wie in den Fällen der §§ 539, 564 Abs. II wie hier einerseits die tatsächliche Isolierungsmöglichkeit, andererseits aber eine Neuverhandlung in vollem Umfang, soweit nicht aufrecht-erhaltene oder aufrechtzuerhaltende Verfahrens- und Verhandlungsteile des früheren Prozesses entgegen stehen, so führt dies im übrigen zu Ergebnissen, die zum größten Teil mit denen der herrschenden Meinung übereinstimmen. Die herrschende Ansicht (253) läßt zwar neues Vorbringen auch nur bezüglich des betroffenen Teils des früheren Rechtsstreits zu, da sie bei der Isolierung aber nur Urteile als Grenze anerkennt, wird nach ihr ebenfalls der gesamte durch die Aufhebung eines Zwischen- oder Endurteils wieder rück-wirkend unerledigte Streitstoff neuverhandelt. In diesem Umfang ist auch neues Vorbringen zulässig.

So heißt es bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle (254) soweit die neue Verhand-

(252) vergl. N. 173, 176;

(252a) vergl. III, B, 2, b der Arbeit;

(253) vergl. N. 243;

(254) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, II, 2 u. 3; auch Wieczorek § 590, C I b; RG 82/268 ff (273);

lung erfolge, könnten die Parteien neue, auch neue selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen. Baumbach-Lauterbach (255) führt aus, in den Grenzen des Betroffenseins erfolge eine neue unabhängige Verhandlung. Alle Tatsachen, Beweismittel, Ansprüche, Prozeßhandlungen, die damals zulässig gewesen seien, seien es auch jetzt, soweit es die Instanz zulasse. Frühere Bindungen aber, etwa durch Geständnisse, wirkten weiter, soweit sie nicht vom Anfechtungsgrund (unmittelbar) betroffen seien. Soweit das alte Verfahren bliebe - bis zu einem Zwischen- oder Teilurteil also - seien neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausgeschlossen, weil insofern der Schluß der alten mündlichen Verhandlung weiterwirke. - Der Schluß der mündlichen Verhandlung der durch die Zwischen- oder Teilurteile beendeten oder unterbrochenen Verfahren gilt also bezüglich des durch diese nicht aufgehobenen Urteile endgültig erledigten Streitstoffs fort. - Davon abgesehen, fährt Baumbach-Lauterbach fort, entscheide der Schluß der jetzigen Verhandlung. Ebenso ist natürlich auch nach der hier vertretenen Auffassung neues Vorbringen bezüglich des durch die nicht aufgehobenen Urteile erledigten Streitstoffs nicht möglich.

2.) Eingehender befassen sich Lehre und Rechtsprechung mit der Frage der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel bei den Restitutionsklagen, was einmal damit zusammenhängt, daß sie teilweise bei den Nichtigkeitsklagen generell das gesamte Verfahren als betroffen ansehen, andererseits damit, daß in der Praxis die Nichtigkeitsgründe in der Mehrzahl der Fälle das ganze Verfahren betreffen.

Nach den Ausführungen der Motive (256) sollen sich die Restitutionsgründe mit Ausnahme derjenigen aus der Person des Richters nur auf einzelne Punkte des Rechtsstreits beziehen. Nur diese seien zu berichtigen oder zu ergänzen und danach das Urteil zu erlassen, ohne daß die übrigen Resultate des früheren Verfahrens, wie sie durch das frühere Urteil festgestellt seien, in Frage kämen. Dem Restitutionsbeklagten bliebe aber selbstverständlich die weitere Verteidigung unbeschränkt.

Mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz der Parteien kann der letzten Bemerkung der Motive weder die Bedeutung zukommen, "nur" der

(255) Baumbach-Lauterbach § 590, 2;

(256) Motive S. 386 unter § 529;

Beklagte könne neue Rechtsbehelfe vorbringen, noch die Bedeutung, nur der Beklagte könne "unbeschränkt" neue, auch völlig selbständige Verteidigungsmittel vorbringen.

Wohl im Sinne der Motive zieht Struckmann-Koch (257) deshalb aus der Bemerkung den Schluß, der Restitutionsbeklagte könne mithin neue Tatsachen und neue Beweismittel insoweit geltend machen, als sie sich auf den von den Anfechtungsgründen betroffenen Teil der Hauptsache bezögen. Im selben Rahmen könne er nach Maßgabe der Vorschriften der betreffenden Instanz eine Widerklage erheben. Nur soweit reiche das Gebiet der Verteidigung. Innerhalb dieses Gebietes aber sei er an sein früheres Vorbringen nicht gebunden, und es mache keinen Unterschied, ob ihm die Tatsachen und Beweise früher schon bekannt waren und ob er früher mit ihnen ausgeschlossen gewesen sei.

Restitutionskläger wie -beklagter können danach neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur bezüglich des betroffenen Streitstoffs vorbringen.

Der gleichen Ansicht ist Sydow-Busch (258), nach dem neue Behauptungen und Beweismittel seitens beider Parteien zulässig sind, auch andere als diejenigen, die zur Zulassung der Wiederaufnahme geführt haben, jedoch nur bezüglich des von den Restitutionsgründen des § 580 Nr. 1-4, 6 und 7 betroffenen einzelnen Streitpunktes. Soweit es nach den allgemeinen prozeßrechtlichen Vorschriften möglich sei, sei nunmehr auch die Erhebung einer Widerklage zulässig.

Planck (259) ist der Auffassung, die Parteien, auch der Restitutionsbeklagte, könnten zwar alle auf den betroffenen Streitpunkt bezogenen, auch neue Rechtsbehelfe geltend machen, keineswegs aber anderweitige neue, selbst neu erfahrene Rechtsbehelfe. Dem stehe die präklusivische Wirkung der Rechtskraft des nunmehr nur in einem einzelnen Punkt einer erneuten Verhandlung unterstellten Urteils entgegen.

Skonietzky-Gelpcke (260) schließlich meint, in den Fällen des § 580 Nr. 1-3 fände die Neuverhandlung darüber statt, welche anderweitigen Beweismittel zum Nachweis oder zur Widerlegung derjenigen tatsächlichen Behauptungen, auf die sich die Eidesleistung, der Urkundenbeweis oder das beeidigte Zeugnis oder Gutachten im früheren Verfahren bezogen hätten,

(257) Struckmann-Koch § 590, 2;

(258) Sydow-Busch § 590, 2; auch RG 82/268 ff (273);

(259) Planck § 161, c, III, S. 585;

(260) Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, b, unter a;

geltend gemacht würden. Im Falle des § 580 Nr. 4 erstrecke sich die Neuverhandlung nur auf diejenigen Ansprüche und Rechtsbehelfe (Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweiseinreden) oder Beweismittel, an deren Geltendmachung oder Benutzung die Partei im früheren Verfahren infolge der gegen sie verübten strafbaren Handlung gehindert gewesen sei, und desgleichen in den Fällen des § 580 Nr. 6 und 7 b nur auf diejenigen Ansprüche und Rechtsbehelfe, deren Geltendmachung zufolge der Benutzung des Urteils (Nr. 6) im früheren Verfahren Erfolg gehabt habe oder zufolge der Nichtbenutzung der Urkunde (Nr. 7 b) ohne Erfolg geblieben sei.

Soweit danach über Ansprüche oder Rechtsbehelfe von neuem zu verhandeln sei, könnten in Bezug auf sie auch neue Tatsachen und Beweismittel von beiden Parteien geltend gemacht werden. Dagegen blieben die nicht von dem Anfechtungsgrund betroffenen Ansprüche und Rechtsbehelfe von der erneuerten Verhandlung ausgeschlossen.

Zunächst ist zu der von Planck vorgebrachten Begründung zu sagen, daß mit Aufhebung des angefochtenen Urteils die materielle Rechtskraft in vollem Umfang beseitigt ist. Nicht die präklusivische Wirkung der Rechtskraft, sondern allenfalls § 590 Abs. I verbietet das Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch bezüglich des nicht betroffenen Streitstoffs.

Weiterhin ist nicht ersichtlich, wie in den Fällen, in denen der Restitutionsgrund nur einzelne Streitpunkte betrifft, die von Struckmann-Koch und Sydow-Busch bejahte grundsätzliche Zulässigkeit einer Widerklage - oder auch einer prozeßhindernden Einrede - erklärt werden kann, wenn sich das Gebiet der Verteidigung nur auf den einzelnen betroffenen Streitpunkt erstrecken soll.

Die Widerklage und eine prozeßhindernde Einrede richten sich nämlich gegen die Klage selbst und somit gegen den gesamten dieser zugrundeliegenden Streitstoff.

Reincke (261) führt als Vertreter der genannten Auffassung daher zu Recht aus, (nur) im Falle "völliger" Neuverhandlung des Rechtsstreits könne der Beklagte eine Widerklage erheben oder eine prozeßhindernde Einrede geltend machen.

Hinzukommt, daß im Falle des § 580 Nr. 7 b keinerlei neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden dürften, da der Streitstoff des frü-

(261) Reincke § 590, II, 2, b, S. 517; auch Skonietzky-Gelpcke § 590, 5, b, unter c;

heren Prozesses von diesem Anfechtungsgrund überhaupt nicht betroffen wird (262). Im iudicium rescissorium wäre ohne eigentliche Neuverhandlung nur über den durch die urkundlich bewiesene Tatsache ergänzten alten Streitstoff erneut zu entscheiden.

Wie bereits eingehend dargelegt, spricht gegen die Ansicht, die nur eine Ergänzung und Berichtigung des betroffenen Streitstoffs unter Aufrechterhaltung der übrigen Resultate der früheren Verhandlung oder des nicht betroffenen "Tatbestandes" (263) befürwortet, entscheidend aber sowohl der Zweck der Wiederaufnahmeklage als auch vornehmlich der Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung.

Hieraus folgt wie bei der Nichtigkeitsklage, daß beide Parteien hinsichtlich des gesamten betroffenen wie nicht betroffenen Streitstoffs neue Behauptungen, neue Beweis- und Gegenbeweismittel vorbringen können, ohne Rücksicht darauf, ob sie diese bereits im Hauptprozeß vorgetragen haben und diese beweislos geblieben sind oder zugunsten einer Partei als bewiesen angesehen wurden, oder ob die Partei sie bereits im Hauptprozeß hätte vorbringen können.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Parteien die erst jetzt vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel schon im Hauptprozeß kannten oder nicht, und ob diese schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung des Hauptprozesses entstanden waren oder nicht.

Nur die schon vor Schluß dieser mündlichen Verhandlung eingetretenen Präklusionen (§§ 39, 274 Abs. III, 295 Abs. I) und die sonstigen bereits im Hauptprozeß eingetretenen Bindungen gelten, sofern sich hierauf der Anfechtungsgrund nicht bezieht, auch für das iudicium rescissorium.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auf eine Entscheidung des BGH (264) hinzuweisen, der folgende Ansicht vertritt: Wollte der im Scheidungsstreit allein schuldig geschiedene Kläger, der im Wege einer Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b nunmehr einen Ehebruch der damaligen Klägerin und jetzigen Restitutionsbeklagten beweise, mit seiner Klage Erfolg haben, so müsse er die Tatsache des Ehebruchs bereits im Hauptprozeß vorgetragen haben und damals beweisfällig geblieben sein. Die Ansicht des BGH beruht auf dem Gedanken, die Urkunde hätte im Hauptprozeß gemäß § 580 Nr. 7 b eine "günstigere Entscheidung" nicht herbeigeführt, wenn der damalige Be-

(262) vergl. N. 216;

(263) Neukamp-§ 590, 2; und vergl. N. 243;

(264) BGHNJW 52/1095; siehe auch BGHZ 31/351 ff (356);

klagte den Ehebruch der Frau nicht mittels eines Mitschuldantrages oder einer Widerklage geltend gemacht hätte. Es handelt sich hier demnach um eine Frage der Begründetheit der Restitutionsklage und nicht um eine Frage nach dem Umfang und den Voraussetzungen neuen Vorbringen im iudicium rescissorium.

Im übrigen ist der Ansicht des BGH nicht zu folgen, da es für die Begründetheit der Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b, für die Wahrscheinlichkeit der günstigeren Entscheidung also, nicht darauf ankommt, ob nur der Streitstoff des Hauptprozesses in Verbindung mit der Urkunde alleine eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Es genügt dagegen, daß der Hauptprozeßstoff in Verbindung mit der Urkunde "und den sich hieraus ergebenden neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln gegen den im Hauptprozeß geltend gemachten Anspruch" die Wahrscheinlichkeit der günstigeren Entscheidung ergibt (265).

Von dem damaligen Beklagten konnte nicht verlangt werden, daß er "ins Blaue hinein" eine Widerklage hätte erheben oder einen Mitschuldantrag hätte stellen müssen, nur um sich später die Möglichkeit einer Wiederaufnahmeklage zu erhalten. Man würde ihn entgegen § 138 zu einer vorsorglichen Behauptung zwingen (266).

3.) Läßt man gemäß dem Zweck der Wiederaufnahmeklage und dem Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung neues Vorbringen bezüglich des gesamten betroffenen wie nicht betroffenen Streitstoffs zu, bleibt abschließend die Frage, ob dies überhaupt noch mit der Vorschrift des § 590 Abs. I in Einklang steht. Die Vorschrift besagt, daß die Hauptsache von neuem zu verhandeln ist, "insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist". Ihrem strengen Wortlaut nach trifft sie eine neutrale Abgrenzung des Umfangs der Neuverhandlung. Aber sie ist nicht positiv in dem Sinne zu verstehen, daß sich das neue Vorbringen und damit notwendigerweise auch die Neuverhandlung nur auf den betroffenen Streitstoff beziehen darf, zumal sie direkt ja keine Regelung des neuen Vorbringens enthält. Man wird ihr daher auch dann durchaus gerecht, wenn

(265) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 580, IV, 2, c; Seuffert-Walsmann § 580, 8, c; Gaul S. 132 F. 61; Nikisch § 129, IV, 1, h, S. 510; Förster-Kann § 580, 2, g, bb; RG 35/409 ff (411); 48/384 ff (385); OLG-Celle MDR 53/304 f (305); vergl. auch Motive S. 381 unter § 519;

(266) Uffhausen NJW 53/64 und JR 53/326 f;

man in ihr eine nur negative Begrenzung der Neuverhandlung sieht : Nur das wird nicht erneut verhandelt, was im Hauptprozeß bereits bindend erledigter, nicht betroffener Streitstoff ist. Die Neuverhandlung erstreckt sich somit nur nicht auf den durch die nicht betroffenen Anerkenntnisse, Verzichte, Geständnisse, Beschlüsse, Beweisaufnahmen, Präklusionen u. a. bindend erledigten Streitstoff. Daher wird auch teilweise in der Lehre (267) mit Recht das Problem des Umfangs der Neuverhandlung nicht positiv umrissen, sondern nur von den Beschränkungen durch die nicht betroffenen einzelnen Streitpunkte her dargestellt. Nur bezüglich dieser Punkte gilt also die Verhandlungsfreiheit nicht.

4.) Zur Abhängigkeit des Umfangs der Neuverhandlung von neuem Vorbringen der Parteien ergibt sich zusammenfassend folgendes :

Bei den Nichtigkeits- wie bei den Restitutionsgründen besteht die Neuverhandlung nicht nur in einer Berichtigung oder Ergänzung der einzelnen betroffenen Verfahrensteile oder Streitpunkte.

Bezüglich des gesamten betroffenen wie nichtbetroffenen Streitstoffs sind dagegen neue, auch völlig selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig, wie sich vornehmlich aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung ergibt.

Die Neuverhandlung und die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel erstrecken sich gemäß § 590 Abs. I nur nicht auf den im Hauptprozeß bereits auf Grund nicht betroffener Verfahrens- und Verhandlungspunkte bindend erledigten Streitstoff.

(267) Rosenberg § 156, IV, 3, c;

D.) Die Beschränkung und Erweiterung der Neuverhandlung durch die Parteien (insbesondere Dispositionsmaxime)

1.) Wie in den Rechtsmittelverfahren können die Parteien zwar nicht den Umfang der Aufhebung bestimmen, es steht ihnen jedoch unbestritten frei, den durch die Tragweite des Anfechtungsgrundes bestimmten Umfang der Neuverhandlung durch einschränkende Anträge einzuzengen (268).

Trotz formeller oder materieller Fehlerhaftigkeit bleiben damit Verfahrens- und Verhandlungsteile des Hauptprozesses von einer Erneuerung ausgeschlossen, soweit die Parteianträge gemäß § 588 Abs.1 Nr.3 und § 308 Abs.1 eine solche nicht erfordern (269). Die Erklärungen des § 588 Abs.1 Nr.3 entsprechen den Anträgen der §§ 525, 536, 537, 559 in den Rechtsmittelverfahren.

2.) Der frühere Kläger kann auch seine im Hauptprozeß erhobene Klage "nach Lage des früheren Verfahrens" gemäß §§ 264, 268 erweitern oder ändern (270), der frühere Beklagte kann, soweit dies die allgemeinen Vorschriften zulassen, eine Widerklage erheben (271). Nach der Einführung der neuen Streitgegenstände erstreckt sich die Neuverhandlung dann auf den damit neu eingebrachten Streitstoff. Andererseits beschränkt sich der Umfang der Neuverhandlung, wenn die Partei jetzt im iudicium rescissorium die im Hauptprozeß erhobene Klage ganz oder teilweise zurücknimmt, auf den prozessualen Anspruch verzichtet oder der Gegner ihn anerkennt.

3.) Selbstverständlich ist, wie das RG (272) ausdrücklich betont, die Erhebung neuer Ansprüche mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage nur

(268) Planck § 259, I, S. 562; Kleinfeller § 129, IV, 3, S. 517; Skonietzky-Gelpcke § 590, 2, § 588, 6; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, III;

(269) Skonietzky-Gelpcke § 590, 2, § 588, 6;

(270) Hellwig § 241, VI, 2, S. 875; Meyer-Hirschmann-Schiller § 590, 1; Sydow-Busch § 590, 2; KGOLGRspr 15/153;

(271) Seuffert-Walsmann § 590, 2, e; Förster-Kann § 590, 1, b;

(272) RG 91/195 ff (197); siehe auch Sydow-Busch § 590, 2, in Verbindung mit § 578, 2;

insoweit zulässig, "als es zur Wiederaufnahme des früheren Verfahrens kommt und darin nach dessen Stande, wie es sich bei Aufhebung des rechtskräftigen Urteils ergibt, die Geltendmachung neuer Ansprüche nach den allgemeinen prozeßrechtlichen Vorschriften möglich ist".

Besonders hervorgehoben wird von der Lehre und Rechtsprechung (273) auch, daß die Restitutionsklage, "nur" um einen neuen Klagegrund nachzuschieben, nicht möglich sei. Denn auf solche Klagegründe erstreckte sich die Rechtskraft des Hauptprozeßurteils nicht, weshalb es möglich sei, sie in einer selbständigen Klage geltend zu machen. Eine Durchbrechung der Rechtskraft sei deshalb nicht zuzulassen.

Im Falle des § 580 Nr. 7 b also müsse die mittels der Urkunde zu beweisende Tatsache dazu dienen, den Anspruch, so wie er im Hauptprozeß geltend gemacht sei, zu stützen oder zu widerlegen. Der unterlegene Kläger sei nicht in der Lage, nach § 580 Nr. 7 b "nur" einen neuen Klagegrund in das *iudicium rescissorium* einzuführen. Sei demnach im Hauptprozeß aus eigener Verpflichtung geklagt worden und werde im Wiederaufnahmeverfahren dann die Übernahme einer fremden Verpflichtung geltend gemacht, so sei die Restitutionsklage als unbegründet (274) abzuweisen.

Die hier angerührten Fragen sind also solche des *iudicium rescindens*. Mangels Begründetheit der Wiederaufnahmeklage und damit mangels Aufhebung des angefochtenen Urteils kann es zu einer Einführung neuer Streitgegenstände und damit neuen Streitstoffs gar nicht kommen.

4.) Wie Skonietzky-Gelpcke (275) zutreffend ausführte, richtet sich der Umfang der Neuverhandlung auch entscheidend nach dem Vorbringen der Parteien im früheren Rechtsstreit.

Hat das angefochtene Urteil ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel für durchgreifend erachtet oder einen Prinzipalanspruch für begründet gehalten, so ist nach Wegfall dieses Entscheidungsgrundes nunmehr über die anderen Rechtsbehelfe oder Eventualanträge des früheren Prozesses zu verhandeln. Auch abgesehen von möglichem neuen Vorbringen ist der

(273) Baumbach-Lauterbach § 580, 1, B; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 580, IV, 2, c; RG 87/267 ff (269 f);

(274) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 580, IV, 2, c, und F. 38; RG 87/267 ff (269) aber: Abweisung als unzulässig;

(275) Skonietzky-Gelpcke § 590, 4, A;

Umfang der Neuverhandlung damit weiter als der des Betroffenseins.

Umgekehrt ist er enger, wenn nunmehr infolge einer abweichenden Beurteilung eines einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittels oder Prinzipalanspruchs des Hauptprozesses es eines Eingehens auf das sonst noch im früheren Verfahren Verhandelte - andere Rechtsbehelfe oder erhobene Eventualanprüche - nicht mehr bedarf, um den Rechtsstreit entscheidungsreif zu machen.

Weiter, als der Anfechtungsgrund reicht, ist die Neuverhandlung auch dann, wenn bei abgesonderter Verhandlung über prozeßhindernde Einreden die erneute Verhandlung auf Einreden auszudehnen ist, die im früheren Prozeß unerledigt blieben, weil das angefochtene Urteil bereits auf Grund einer anderen, ebenfalls erhobenen prozeßhindernden Einrede die Klage abgewiesen hatte.

5.) Es schließt sich die Frage an, ob über die bereits im Hauptprozeß vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere die früheren Anträge der Parteien, nur dann erneut zu verhandeln ist, wenn diese jetzt im iudicium rescissorium wiederholt, d.h. erneut mündlich vorge-
tragen werden.

Das RG (276) geht davon aus, daß auch einzelne Klagegründe und Einreden, einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel, als betroffen isoliert werden können. Es nimmt weiterhin an, "nur" der vom Anfechtungsgrund betroffene Teil der Verhandlung oder des Verfahrens bilde den Gegenstand der Neuverhandlung. Maßgebend für diese Neuverhandlung sei dann der Grundsatz der Mündlichkeit. Es führt jedoch weiter aus, hieraus folge, daß das erkennende Gericht "nur den bei der neuen Verhandlung mündlich vorgetragenen Prozeßstoff, insbesondere nur das von den Parteien mündlich vorgetragene Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gericht erfolgten Beweisaufnahme" berücksichtigen dürfe.

Ob damit nach der Ansicht des RG der Grundsatz der Mündlichkeit nicht nur hinsichtlich des als betroffen zu erneuernden Streitstoffs gilt, sondern auch hinsichtlich des als nicht betroffen bestehenbleibenden Streitstoffs, insbesondere der nicht betroffenen und nicht zu erneuernden Beweisaufnahmen, geht aus der Entscheidung nicht klar hervor.

(276) RGJW 1886/347 f = RGGruch 31/101 ff (105);

Demgemäß zieht auch die Lehre aus ihr unterschiedliche Schlüsse. Nach v. Wilmsky-Levy (277) ist bei der Neuverhandlung allgemein der Mündlichkeitsgrundsatz maßgebend. "so daß nur das jetzt von den Parteien erneut vorgetragene zu berücksichtigen ist". Nach Petersen (278) dagegen gilt der Grundsatz nur insoweit, als im Umfange des Betroffenseins eine Neuverhandlung stattfindet.

Eine Lösung der Frage, ob die im Hauptprozeß abgegebenen nicht bindenden und frei abänderlichen Parteierklärungen, insbesondere Sachanträge, die weder selbst vom Anfechtungsgrund betroffen noch innerhalb eines betroffenen Verfahrensteils abgegeben und damit mitbetroffen sind, nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie jetzt im iudicium rescissorium erneut mündlich vorgetragen werden, ergibt sich aus folgendem :

Durch die Aufhebung des angefochtenen Urteils wird rückwirkend nicht nur die Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und iudicium rescissorium wiederhergestellt, sondern auch die Einheit der mündlichen Verhandlung. Der Prozeß wird in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Schluß der mündlichen Verhandlung befand. Die neue mündliche Verhandlung bildet mit der des ersten Prozesses eine Einheit (279). Das Wiederaufnahmegericht hat deshalb das nach §§ 128 Abs. I, 285 Abs. I, 526 Abs. I mündlich Vorgetragene zu berücksichtigen, gleichgültig, ob der Vortrag im Hauptprozeß oder erst im iudicium rescissorium erfolgte.

Der nicht betroffene im Hauptprozeß mündlich vorgetragene Streitstoff - Rechtsbehelfe, Eventualanträge, prozeßhindernde Einreden, Beweisverhandlungen - ist also auch dann vom Wiederaufnahmegericht zu beachten und zu beurteilen, wenn er im iudicium rescissorium nicht erneut mündlich vorgetragen wurde.

Aus demselben Grunde ist auch zunächst von den alten Anträgen auszugehen, wie Wieczorek (280) darlegt. Die Anträge zur Hauptsache nach § 588 Abs. I Nr. 3 sind weder bei Klageerhebung noch in der folgenden mündlichen Verhandlung zwingend vorgeschrieben.

So bleiben als einzige, - denn Anträge müssen ja da sein -, die im Vorpro-

(277) v. Wilmsky-Levy § 553 CPO, 1;

(278) Petersen § 590, 2;

(279) Schiederemair, Festschrift f. H. Dölle S. 351; Rosenberg § 156, IV, 3, c; Wieczorek § 590, C, I;

(280) Wieczorek § 590, C I a;

zer gestellten Anträge, die ohne Wiederholung weitergelten, sofern sie nicht durch neue Anträge überholt werden. Die Anträge zur Hauptsache sind also nur dann unentbehrlich, wenn die Partei ihren früheren Vortrag ändern will (281).

Anders ist das in den Rechtsmittel-, insbesondere im Berufungsverfahren. Auch die mündliche Verhandlung des Berufungsprozesses bildet mit der des erstinstanzlichen Prozesses eine Einheit (282). Erneut verhandelt wird vor dem Berufungsgericht jedoch nur in den durch die "Anträge" bestimmten Grenzen (§ 525). Gemeint sind die Berufungsanträge, die nach § 519 hier zwingend vorgeschrieben und nach § 526 mündlich vorzutragen sind. Keine Vorschrift des Wiederaufnahmerechts aber auch nicht § 590 Abs. I enthält eine dem § 525 entsprechende Regelung.

6.) Verhandlung und Verfahren des *iudicium rescissorium* richten sich einmal nach den allgemeinen Vorschriften, namentlich den §§ 128, 285, zum anderen nach den Regeln und Rechtsgrundsätzen der Instanz, in welcher das Wiederaufnahmeverfahren, besser das *iudicium rescissorium*, nach § 584 Abs. I stattfindet (283). Danach bestimmt sich beispielsweise die Befugnis des früheren Klägers zur Vornahme einer Klageänderung. Schwebt das Verfahren in der ersten oder zweiten Instanz, so sind die §§ 264, 268, 269 maßgebend, während in der dritten Instanz eine Klageänderung überhaupt nicht zulässig ist (284). Ebenso hängt die Zulässigkeit einer Widerklage durch den früheren Beklagten von den in der Instanz geltenden Vorschriften, besonders § 529 Abs. IV ab (285).

Desgleichen richtet sich die Zulässigkeit einer prozeßhindernden Einrede der Instanz entsprechend nach §§ 274, 505, 528, die Zulässigkeit einer

-
- (281) Baumbach-Lauterbach § 588, 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 588, I, 3, wohl a. A.; vergl. auch N. 150 und 151;
- (282) Rosenberg § 137, III, 1. Berufungsverhandlung als "Fortsetzung" der Verhandlung erster Instanz; Baumbach-Lauterbach § 525, 1; Berufungsverhandlung auf der "Grundlage" der früheren Verhandlung;
- (283) Rosenberg § 156, IV, 3; Förster-Kann § 590, 1, b;
- (284) Förster-Kann § 590, 1, b; Wieczorek § 590, C I a, C II; RG 91/195 ff (197);
- (285) Rosenberg § 156, IV, 3; RG 91/195 ff (204);

Aufrechnung nach § 529 Abs. V, die Geltendmachung prozessualer Rügen nach §§ 295, 530, sowie die Anschließung des Rechtsmittelbeklagten des Hauptprozesses an die gegnerischen Rechtsmittel nach §§ 521, 556 (286). Erfolgt die Neuverhandlung im Berufungsverfahren gelten die Beweisvorschriften dieser Instanz im *iudicium rescissorium* (287), die Regeln über die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Zurückverweisung nach §§ 538 ff (288), das Verbot der *reformatio in peius* nach § 536 (289) und anderes.

In der Revisionsinstanz, in der keine tatsächlichen Feststellungen getroffen werden, zumindest grundsätzlich nicht, muß bei Anfechtungsgründen, die tatsächliche Feststellungen des Berufungsurteils betreffen, nach Aufhebung des angefochtenen Urteils die Zurückverweisung nach § 565 ausgesprochen werden. Betrifft der Anfechtungsgrund das Verfahren der Revisionsinstanz, so hat das Revisionsgericht als Wiederaufnahmegesamt über die Revision von neuem zu verhandeln und unter den Voraussetzungen des § 565 Abs. III selbst zu entscheiden (290).

E.) Die Abhängigkeit der Neuverhandlung von der Prozeßart

Wie Rosenberg (291) zu Recht annimmt, wird durch die Aufhebung des angefochtenen Urteils die Rechtshängigkeit des alten Prozesses und die in diesem bestehende Verfahrensart wiederhergestellt.

Durch die Aufhebung des angefochtenen Urteils wird die Verfahrenseinheit zwischen Hauptprozeß und *iudicium rescissorium* hergestellt. Nach § 590 Abs. II S. 2 ist das *iudicium rescissorium* mit dem *iudicium rescindens* untrennbar verbunden. Das gesamte Wiederaufnahmeverfahren und der Hauptprozeß stellen danach ein einheitliches Verfahren dar (291a).

(286) Wieczorek § 590, C I b, C II; Förster-Kann § 590, 1, b;

(287) vergl. RGJW 1897/168;

(288) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 584, III, 1 u. 2;

(289) RG 99/168 ff (171);

(290) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, III; Wieczorek § 590, C III; Hellwig § 241, VI, 2, a, S. 875;

(291) Rosenberg § 156, IV, 3;

(291a) Schiedermaier, Festschr. f. H. Dölle, S. 351 ff;

Ob damit allerdings auch die beiden ersten Abschnitte des Wiederaufnahmeverfahrens über Zulässigkeit und Grund unter den Normen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen der im Hauptprozeß bestehenden Verfahrensart stehen, ist bestritten (292).

Die bestehende Verfahrenseinheit schließt es nicht aus, auf die beiden ersten Verfahrensabschnitte neben den für das Wiederaufnahmeverfahren spezifischen Normen nach § 585 stets die allgemeinen Vorschriften des 1. Buches der ZPO anzuwenden. Gegebenenfalls müßte, wenn verschiedene Verfahrensarten in Frage kommen, nach § 590 Abs. II abgesonderte Verhandlung angeordnet werden (293).

Daß dem Verfahren über Zulässigkeit und Grund ein anderer Streitgegenstand zugrundeliegt als dem Hauptprozeß und dem *iudicium rescissorium*, daß ferner die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime in den beiden ersten Verfahrensabschnitten erheblichere und andere Einschränkungen erfahren als in der Verhandlung zur Hauptsache, sprechen für eine auch verfahrensmäßig unterschiedliche Behandlung.

Jedenfalls steht nach der überwiegenden Meinung das *iudicium rescissorium* unter den Normen und Rechtsgrundsätzen einer Statussache nach §§ 606 ff, eines Urkundenprozesses nach §§ 592 ff, des Verfahrens vor den Amtsgerichten nach §§ 495 ff, des Versäumnisverfahrens nach 330 ff oder des Schiedsverfahrens nach § 510 c, sofern das angefochtene Urteil in einem solchen Verfahren erging (294).

1.) Richtet sich danach die Wiederaufnahmeklage gegen ein Schiedsurteil (§§ 510 c, arg. 579 Abs. III), so kann die Hauptsache wieder im Schiedsverfahren erledigt werden (295). Die gegenteilige Meinung (296), auch

(292) bezüglich Ehesachen; vergl. N. 133; a. A. insoweit Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 585, II; OLG Celle NdsRpfl 53/6; bezüglich Urkundenprozeß für unterschiedliche Behandlung: Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 585, II; Baumbauch-Lauterbach § 590, 1, B; Petersen § 590, 3; bezüglich Versäumnisverfahren für unterschiedliche Behandlung: Petersen § 590, 3; gegen Verfahrenseinheit überhaupt: Schoetensack S. 260 f;

(293) Baumbauch-Lauterbach § 590, 1, B;

(294) vergl. N. 292 und Rosenberg § 154, III, 2; im übrigen sei der Streit müßig;

(295) Stein, Grundriß, § 113, III, 4, S. 322;

(296) Wieczorek § 590, D I; Stein-Jonas, 14. Auflage 1929, § 590, III;

das *iudicium rescissorium* habe sich nunmehr nach den allgemeinen Vorschriften zu richten, und das ergehende neue Urteil solle jetzt den für die sonstigen Urteile zulässigen Rechtsmitteln unterliegen, bleibt ohne Begründung.

Wie Stein (297) im übrigen zu Recht bemerkt, ist hier über Zulässigkeit und Grund der Wiederaufnahme schon deshalb im ordentlichen Verfahren zu verhandeln und durch "Zwischenurteil" (297a) zu entscheiden, weil es mit dem Wiederaufnahmeverfahren, das Mängel und Schäden eines formfreien Verfahrens zu heilen berufen ist, nicht vereinbar erscheint, das Verfahren wiederum formfrei verlaufen zu lassen.

2.) Wird im Urkundenprozeß nur das Endurteil des Nachverfahrens angefochten und aufgehoben und bleibt das Vorbehaltsurteil des § 599 bestehen, so sind Einwendungen des Beklagten nur unter denselben Einschränkungen statthaft wie im Hauptprozeß (298). Wird das Vorbehaltsurteil mit dem Endurteil aufgehoben oder wird das selbständig anfechtbare Vorbehaltsurteil einer höheren Instanz aufgehoben, womit das Endurteil ipso iure wegfällt, so steht es wie im Hauptprozeß im Belieben des Klägers gemäß § 596 die Hauptsache unter den Voraussetzungen des § 592 wieder im Urkundenprozeß zu verhandeln oder aber im ordentlichen Verfahren. Entgegen der von Baumbach-Lauterbach (299) angedeuteten Ansicht kann das *iudicium rescissorium* also auch dann unter den Vorschriften der §§ 592 ff stehen, wenn man die grundsätzlich selbständige Anfechtbarkeit der Vorbehaltsurteile verneint.

3.) War das angefochtene Urteil ein Statusurteil der §§ 606 ff, insbesondere ein Urteil in einer Ehesache, so steht zwar unbestritten die Neuverhandlung unter den Regeln der §§ 606 ff, sehr streitig aber ist, ob und welchen Einfluß der in Ehesachen geltende Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung auf den Umfang der Neuverhandlung hat.

(297) Stein, Grundriß, § 113, III, 4, S. 322;

(297a) vergl. aber hierzu N. 116; es handelt sich um ein Endurteil;

(298) Förster-Kann § 590, 1, c;

(299) Baumbach-Lauterbach § 590, 1, B;

Sofern Lehre und Rechtsprechung (300) von dem Grundsatz der einheitlichen "Verhandlung und Entscheidung" in Ehesachen sprechen, hat dieser in der ersten Instanz gemäß den §§ 614, 616 die Bedeutung, "daß in Ehesachen stets der Fortbestand der Ehe als ganzes in Frage steht und deshalb über alles, was die Parteien gegen den Fortbestand der Ehe geltend machen, nur gleichzeitig und einheitlich verhandelt und entschieden werden darf."

In der ersten Instanz ist damit eine Verhandlung des gesamten Streitstoffs geboten.

Anders ist dies jedoch in den Rechtsmittelverfahren. Auch in Ehesachen gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime. Den Parteien steht es daher frei, den Rechtsmittelantrag nur auf die Scheidungsklage, nur auf die Widerklage, nur auf die Schuldfrage oder nur auf einzelne Streitpunkte des Streitstoffs der Klage, der Widerklage oder der Schuldfrage zu beschränken.

In diesen Fällen hemmt das Rechtsmittel zwar die Rechtskraft des gesamten Urteils - dem Gesamtstreitgegenstand in Ehesachen entsprechend -, das Rechtsmittelgericht darf aber infolge der §§ 525, 536, 537, 559 die angefochtene Entscheidung nur im Rahmen der Rechtsmittelanträge sachlich nachprüfen. Soweit keine Anfechtung erfolgte, bleibt es beim Verhandlungsergebnis des unteren Gerichts, insbesondere bei dessen Beweisaufnahmen.

Nur muß gemäß dem Gesamtstreitgegenstand in Ehesachen, auf den der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen zurückzuführen ist, das Urteil des Rechtsmittelgerichts als einheitlicher, den gesamten Rechtsstreit umfassender Akt ergehen.

Der Grundsatz verlangt danach keine "erneute" einheitliche "Verhandlung" des Streitstoffs, sondern nur eine einheitliche "Entscheidung" über den Gesamtstreitgegenstand, der auf Grund des Devolutiveffekts (301) vor dem Rechtsmittelgericht gesamt rechtshängig ist.

Demgegenüber sollen nach Ansicht des RG (302) im Wiederaufnahmeverfahren irgendwelche Beschränkungen der Neuverhandlung nicht möglich sein. Wenn hier ein Anfechtungsgrund nur einen von mehreren Scheidungsgründen betreffe - so solle ohne Rücksicht auf die Anträge der Parteien und

(300) RG 96/222 ff (224); 64/315 ff (317); 94/153 f, 135/15 ff (17); BGHZ 25/80 ff; Baumbach-Lauterbach, Einf. vor § 614, 3, A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 614, 1;

(301) vergl. N. 75-77;

(302) RG 96/222 ff (224) und besonders RGJW 31/1362 mit Anmerkung von Grünhut;

insbesondere auch ohne Rücksicht auf die in § 590 Abs. I statuierte Beschränkung der Neuverhandlung im iudicium rescissorium nunmehr auch über die andern nicht betroffenen Scheidungsgründe neu verhandelt und entschieden werden können. Ebenso sei es, wenn sich die Restitutionsklage gegen ein Scheidungsurteil, das die Ehe auf Klage und Widerklage aus beiderseitigem Verschulden einer Partei geschieden habe, nur auf den Streitstoff der Klage oder nur auf den der Widerklage beziehe. Auch dann könne "die Vorschrift des § 590 Abs. I nicht etwa dazu führen, daß nur über die Scheidungsklage verhandelt und entschieden werden dürfe, weil nur sie vom Anfechtungsgrunde betroffen sei". Das folge aus dem genannten Grundsatz.

Die Richtigkeit dieser Ansicht, der wohl der unzutreffende Gedanke zugrundeliegt, die Notwendigkeit einer einheitlichen "Entscheidung" habe auch die Notwendigkeit einer einheitlichen "Verhandlung" zur Voraussetzung, ist zweifelhaft.

Ob der genannte Grundsatz im Falle eines nur teilweisen Betroffenseins der Hauptsache stets ohne Rücksicht auf die Beschränkung des § 590 Abs. I eine Neuverhandlung in vollem Umfang ermöglicht oder sogar gebietet, hängt zunächst davon ab, ob der Grundsatz überhaupt im Wiederaufnahmeverfahren, namentlich im iudicium rescissorium, gilt.

In einer der letzten Entscheidungen des RG (303) und einer Entscheidung des OGHBrZ (304) klingt die Ansicht an, der Grundsatz gelte im gesamten Wiederaufnahmeverfahren nicht. Diese Entscheidungen führen jedoch nur aus, daß der Grundsatz der Einheitlichkeit nur nicht die "Beschränkung des aufhebenden Erkenntnisses" hindere. Mit der Frage der Geltung des Grundsatzes im iudicium rescissorium befassen sich die Entscheidungen nicht unmittelbar.

Daß der Grundsatz auch hier gilt, ergibt sich dagegen aus der Einheitlichkeit des Verfahrens und der Verfahrensort in Hauptprozeß und iudicium rescissorium (305). Fraglich bleibt welchen Einfluß er auf den Umfang der Neuverhandlung hat.

(303) RG 171/39 ff (40); Leitsätze in RGDR 43/848;

(304) OGHBrZ NJW 50/65; vergl. auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 615, II, § 628, III, 1, F. 5 b;

(305) im Ergebnis: Rosenberg § 156, IV, 3; Goldschmidt § 73, 3, g, S. 258; Seuffert-Walsmann § 590, 2, b; RG 96/222 ff (224); RGJW 31/1362; KGJW 1937/1425;

Das OLG Celle (306), das die Geltung des Grundsatzes im Wiederaufnahmeverfahren bejaht, hat auch über die im Hauptprozeß erfolgreiche Scheidungsklage des Ehemanns in vollem Umfange neuverhandelt, obwohl die Ehefrau nur zur Widerklage einen Restitutionsgrund vorgebracht hatte. Es führt in seiner Entscheidung aus, der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entscheidung ermögliche es dem Restitutionskläger, "die erneute Verhandlung und Entscheidung ohne jede Beschränkung auf das gesamte Klagebegehren beider Parteien im Vorprozeß zu erstrecken".

Es räumt jedoch dann weiter ein, die Tatsache, daß der Fortbestand der Ehe als ganzes Streitgegenstand sei, schließe eine Ausnahme von dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung dann nicht aus, wenn der in Betracht kommende Teilanspruch den Bestand oder Nichtbestand der Ehe nicht berühre und Unklarheiten nicht eintreten könnten. Dann solle der Wiederaufnahmekläger gemäß der Rechtsprechung des RG und des OGHBrZ die Möglichkeit haben, durch einen entsprechenden Antrag eine Einschränkung der erneuten Verhandlung und Entscheidung herbeizuführen.

Nach Auffassung des OLG Celle ist eine Beschränkung der Neuverhandlung also nur insoweit möglich, als es nach der Rechtsprechung des RG und des OGHBrZ unter Aufrechterhaltung der früheren Verhandlung und Entscheidung zu einer Scheidung "auch auf Widerklage" oder zu einer bloßen Abänderung des Schuldspruchs kommen kann (307), und auch das nur, wenn der Wiederaufnahmekläger eine solche Beschränkung will.

Dem ist zunächst zu erwidern, daß eine Beschränkung der aufhebenden und damit der ersetzenden Entscheidung auf Grund der Parteianträge wegen des einheitlichen Streitgegenstandes in Ehesachen nicht möglich ist. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der "Entscheidung", der Gesamtstreitgegenstand in Ehesachen also, wirkt sich nur beim Umfang der Aufhebung und der "Neuentcheidung" aus. Er besagt nicht, daß der gesamte Streitstoff neuzuverhandeln sei. Einen derartigen Grundsatz der einheitlichen "Verhandlung" in Ehesachen gibt es nicht.

Nicht ersichtlich ist deshalb, warum der Grundsatz eine Durchbrechung des § 590 Abs. I ermöglichen oder sogar notwendig machen sollte. Sowenig der Grundsatz in den Rechtsmittelverfahren eine beschränkte Neuverhandlung auf Grund der Verhandlungsmaxime verbietet, so wenig verbie-

(306) OLG Celle MDR 53/304 ff (306); vergl. auch LG Göttingen MDR 57/490;

(307) vergl. hierzu und zum folgenden II, C der Arbeit;

tet er dies im Wiederaufnahmeverfahren auf Grund der gesetzlichen Bestimmung des § 590 Abs. I.

Dem Wiederaufnahmekläger steht es weiterhin wie dem Rechtsmittelkläger frei, den durch die Tragweite des Anfechtungsgrundes bestimmten Umfang der Neuverhandlung durch entsprechende Anträge nach § 588 Abs. I Nr. 3 zu beschränken. Auch insoweit ist eine unterschiedliche Behandlung durch nicht geboten.

Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung wird nicht verletzt, wenn das Ergebnis der alten nicht betroffenen Verhandlungsteile, die gemäß § 590 Abs. I bestehen bleiben, und das Ergebnis der neuen Verhandlung dann nur in einem Urteil ausgesprochen wird (308).

Ebensowenig wird der Grundsatz verletzt, wenn das Urteil "einheitlich" über diejenigen Verhandlungsteile des Vorprozesses, die zwar von den Anfechtungsgründen betroffen, gemäß den Parteienanträgen nach § 588 Abs. I Nr. 3 aber nicht angegriffen und deshalb bestehen geblieben sind, und über das Ergebnis der beschränkten neuen Verhandlung entscheidet (309). In Parallelität zu den Rechtsmittelverfahren ist als Voraussetzung dieser einheitlichen Entscheidung über Klage, Widerklage und Schuld nur erforderlich, daß der gesamte Ehestreit vor dem Wiederaufnahmegericht rechtshängig und der gesamte, auch der als nicht betroffen nicht erneut zu verhandelnde Streitstoff anhängig ist. Diese Gesamtrechtshängigkeit und -anhängigkeit tritt rückwirkend mit Aufhebung des angefochtenen Urteils ein.

Teils abweichend hierzu äußert sich Arens (310). Während er eine Beschränkung der Neuverhandlung und damit eine Aussonderung auch einzelner Streitpunkte des gesamten Eherechtsstreits auf Grund der Verhandlungsmaxime anerkennt, verneint er eine Beschränkung auf Grund des § 590 Abs. I und damit eine Bindung des Wiederaufnahmegerichts an die nicht betroffenen Teile, jedoch nur deshalb, weil er eine tatsächliche Isolierung einzelner Streitpunkte als betroffen nicht für möglich hält. Er führt aus, im Ehescheidungsstreit - wie auch sonst - sei eine Beschränkung der Neuverhandlung gemäß § 590 Abs. I auf einen Teil des Rechtsstreits nur dann möglich, wenn es sich um einen abtrennbaren Teil handle.

Nach der herrschenden Meinung, die einen durch Teil- oder Zwischenurteil abtrennbaren Teil verlange, wäre die Abtrennbarkeit ohne weiteres zu ver-

(308) a. A. vergl. N. 302 und Arens S. 444;

(309) insoweit wieder Arens S. 444;

(310) Arens S. 444 f;

neinen, weil weder über die Klage noch über die Widerklage noch über die Schuldfrage durch Teilurteil entschieden werden könne. Aber auch nach der weitergehenden Auffassung, die die tatsächliche Isolierfähigkeit einzelner Streitpunkte bejahe, wäre die Möglichkeit einer nach § 590 Abs. I isolierten Verhandlung der Schuldfrage oder der Klage oder der Widerklage zu verneinen. Die Vorschriften der §§ 43 Satz 2, 52 Abs. II Satz 2 EheG und die ständige Rechtsprechung des RG, wonach die Schuldfrage nicht nach Parteien getrennt verhandelt, vielmehr das Verhalten beider Parteien zusammen gewürdigt werden solle, bestätigen dies. Eine tatsächliche Isolierungsfähigkeit sei daher gerade nicht gegeben. Deshalb könne die Schuldfrage auch dann in vollem Umfang neu verhandelt werden, wenn nur zur Klage oder zur Widerklage ein Wiederaufnahmegrund vorliege.

Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß auch die herrschende Ansicht, die das Verfahren oder die Verhandlung bis zu einem Urteil als betroffen ansieht, gemäß § 590 Abs. I einzelne nicht betroffene Streitpunkte von der Neuverhandlung ausschließt. Für den Eheprozeß macht sie keine Ausnahme, woraus zu schließen ist, daß sie auch hier die Beschränkungen bejaht.

Jedoch auch wenn man die tatsächliche Isolierungsmöglichkeit bejaht, wird man dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung, dem einheitlichen Streitgegenstand in Ehesachen, den Vorschriften der §§ 43, 52 EheG, wie der Rechtsprechung des RG - zwar nicht im Ergebnis, aber in der Begründung - gerecht.

Denn das Wiederaufnahmegericht kann das Verhalten beider Parteien auch dann zusammen "würdigen", wenn einzelne Verfahrens- und Verhandlungsteile des Hauptprozesses als vom Anfechtungsgrund nicht betroffen bestehen bleiben. Nur muß das Ergebnis der alten und neuen Verhandlung nach tatsächlicher und rechtlicher Würdigung des gesamten Streitstoffs dann in einem Urteil ausgesprochen werden, wie Arens (311) es bei der von ihm für möglich erachteten Beschränkung der Neuverhandlung durch Parteianträge ausführt. Daß das Wiederaufnahmegericht auch in der Würdigung der nach § 590 Abs. I stehengebliebenen Teile des früheren Rechtsstreits völlig frei ist, wird noch dargelegt.

Auch bei der Wiederaufnahme gegen Urteile in Ehesachen gilt danach die Beschränkung des § 590 Abs. I, so daß die nicht betroffenen gerichtlichen

(311) Arens S. 444;

Entscheidungen, Beweisbeschlüsse, Beweisaufnahmen, insbesondere auch Parteivernehmungen nach § 619 Abs. I, vor Schluß der mündlichen Verhandlung eingetretene Präklusionen, Parteierklärungen, soweit sie nach § 617 bindend sind, u. a. aufrechterhalten bleiben. Im übrigen sind die Parteien auch hier im Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel bezüglich des gesamten betroffenen wie nicht betroffenen Streitstoffs frei. Der im iudicium rescissorium geltende Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen bringt hinsichtlich des Umfangs der Neuverhandlung keine Abweichungen zu den bisher gefundenen Ergebnissen. Insbesondere kollidiert er nicht mit der Bestimmung des § 590 Abs. I.

Abschließend sei zur Erläuterung folgender Beispielsfall untersucht :

Die Klägerin hatte gegen den Beklagten wegen einer schweren Eheverfehlung nach § 43 EheG Scheidungsklage erhoben. In der Verhandlung gab der Beklagte die Eheverfehlung zu. Sie wurde im übrigen durch Zeugenaussagen bestätigt. Die Ehe wurde daraufhin aus alleinigem Verschulden des Mannes geschieden.

Mittels einer Geburtsurkunde betreibt der Ehemann nach § 580 Nr. 7 b wegen eines vor dem Scheidungsurteil erfolgten Ehebruchs der Frau die Wiederaufnahme mit dem Antrag, das Scheidungsurteil aufzuheben. Gleichzeitig erhebt er Widerklage mit dem Antrag, die Ehe aus beiderseitigem oder überwiegendem Verschulden der Frau zu scheiden. Da eine Scheidung auch auf Widerklage unter Abänderung des Schuldspruchs nicht möglich ist, muß das angefochtene Scheidungsurteil zunächst aufgehoben werden.

Im iudicium rescissorium richtet sich der Umfang der Neuverhandlung dann zunächst nach der Tragweite des Anfechtungsgrundes.

Da im Gegensatz zu den übrigen Restitutionsgründen § 580 Nr. 7 b sich nur auf bisher unberücksichtigten Streitstoff bezieht, ist der der Scheidungsklage zugrundeliegende Streitstoff vom Anfechtungsgrund nicht betroffen. Das gesamte Verfahren und die gesamte materielle Verhandlung des Hauptprozesses bleiben deshalb bestehen (312). Es verbleibt danach sowohl bei der früheren Parteivernehmung nach § 619, aus auch bei den übrigen Beweisaufnahmen. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung in Ehesachen verlangt nicht, daß entgegen § 590 Abs. I nunmehr auch noch über die zugestandene und bewiesene Eheverfehlung des Ehemannes erneut verhandelt und Beweis erhoben werden müßte.

(312) Förster-Kann § 590, 1, a, aa, und N. 216;

Da mit Aufhebung des Scheidungsurteils der Eheprozeß rückwirkend wieder in die Lage versetzt ist, in der er sich vor Schluß der mündlichen Verhandlung befand, kann die Ehefrau jetzt auch neue Angriffsmittel und neue Klagegründe nach § 614 Abs. I vorbringen. Sie kann beispielsweise nunmehr zusätzlich einen früheren Ehebruch auch des Mannes behaupten und Beweise dafür antreten. Der Ehemann kann hiergegen ebenfalls neue Verteidigungs- und Gegenbeweismittel vorbringen.

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind jedoch auch bezüglich des nicht betroffenen Streitstoffs, also bezüglich der Eheverfehlung des Mannes zulässig. Der Ehemann könnte geltend machen, die Eheverfehlung nur unter Täuschung oder Drohung zugegeben zu haben. Er kann zur Widerlegung der Eheverfehlung neue Zeugen benennen.

Die Beweisaufnahmen des Hauptprozesses zur Eheverfehlung durch Partei- und Zeugenvernehmungen bleiben jedoch in jedem Falle als vom Anfechtungsgrund nicht betroffen bestehen und bilden damit eine der Grundlagen der neuen Beweiswürdigung, die die Ergebnisse der früheren wie der neuen Beweisaufnahmen umfaßt. In dem angeführten Beispielsfall erhebt der Wiederaufnahmekläger weiterhin wegen Ehebruchs der Frau nach § 614 Abs. II eine Widerklage, er bringt damit einen neuen "Klagegrund" vor (313), sein materielles Scheidungsrecht nach § 42 EheG bzw. die diesem zugrundeliegenden Tatsachen.

Mit den durch die Urkunde bewiesenen Tatsachen widerlegt er weder noch stützt er das Scheidungsbegehren der Frau und die der Scheidungsklage zugrundeliegende Eheverfehlung (314). In einem solchen Fall ist es in der Regel nicht möglich, den "neuen" Klagegrund im Wege einer Restitutionsklage nachzuschieben. Dies beruht darauf, daß in der Regel die neuen Klagegründe von der Rechtskraft der Hauptprozeßentscheidung nicht erfaßt werden, und daher die Möglichkeit einer selbständigen neuen Klage besteht. Hier hat jedoch das Scheidungsurteil über den einheitlichen Streitgegenstand in Ehesachen bereits rechtskräftig entschieden. Einer neuen auf den Ehebruch der Frau gestützten selbständigen Klage des jetzigen Wiederaufnahmeklägers stünde daher die Rechtskraft entgegen.

Der neue Klagegrund kann deshalb hier nur im Wege der Wiederaufnahme vorgebracht werden (315). Entgegen der Ansicht des BGH (316)

(313) vergl. N. 138;

(314) vergl. N. 273;

(315) OLG München HRR 1930/2111; OLG Celle MDR 53/304;

(316) BGHNJW 52/1095 und N. 264 - 266;

kommt es auch nicht darauf an, daß der Wiederaufnahmekläger die nunmehr bewiesene Tatsache des Ehebruchs der Frau bereits im Hauptprozeß vorgetragen hatte, sie kannte, oder bereits erfolglos eine Widerklage erhob oder einen Mitschuldantrag stellte.

Verbleibt es dann mangels durchgreifender neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel bei der zugegebenen und durch Zeugen bestätigten Eheverfehlung des Ehemannes und dem durch die Urkunde nach § 580 Nr. 7 b bewiesenen Ehebruch der Frau, so kann das Wiederaufnahmegericht auf Grund der nach § 590 Abs. I bestehen gebliebenen Beweisergebnisse als auch auf Grund der neuen im iudicium rescissorium das Verhalten beider Parteien nach § 52 Abs. II Satz 2 EheG zusammen würdigen, um das Verhältnis der Schuld festzustellen.

Das Wiederaufnahmegericht ist dabei nicht etwa an die Würdigung des Gerichts des Hauptprozesses und damit an die alleinige Schuld des damaligen Beklagten, dessen Antrag auf Mitschulderklärung nach § 52 Abs. III Satz 1 Ehegesetz möglicherweise als unbegründet erachtet wurde, gebunden, wie im folgenden auszuführen sein wird.

IV.) Die Neuentscheidung

Im dritten Verfahrensabschnitt hat das Wiederaufnahmegericht über den gesamten durch die Aufhebung wieder rückwirkend rechtshängigen Streitgegenstand, über einen quantitativen Teil eines solchen oder über mehrere wieder rechtshängige Streitgegenstände zu entscheiden.

Es entscheidet damit auch über den gesamten mit der Aufhebung wieder rückwirkend anhängigen Streitstoff des früheren Rechtsstreits.

A.) Die Entscheidung erstreckt sich auf den gesamten betroffenen wie nicht betroffenen Streitstoff, zu dem gegebenenfalls neue Angriffs- und Verteidigungsmittel hinzukommen.

Die Neuentscheidung erstreckt sich ferner auf den Streitstoff der dem Endurteil vorausgegangenen Entscheidungen der §§ 275, 304, 303, 302, 599, gleichgültig, ob diese mitaufgehoben wurden oder nicht. Deren Streitstoff ist mit der Aufhebung des Endurteils ebenfalls wieder anhängig geworden (317). Nur unterliegt der Streitstoff der nicht aufgehobenen Zwischenurteile nicht der erneuten Beurteilung durch das Wiederaufnahmegericht, sondern ist bereits endgültig erledigt, d.h. "beurteilt". Mit Rechtskraft der ersetzenden Entscheidung wird dann die Rechts- und Anhängigkeit insgesamt beendet.

Der Streitstoff der nicht aufgehobenen "latenten" Teilurteile unterliegt dagegen deshalb keiner erneuten Beurteilung, weil mangels Aufhebung dieser Streitstoff überhaupt nicht anhängig, das Wiederaufnahmegericht überhaupt nicht mit ihm "befaßt" wurde.

Der Umfang der Neuentscheidung ist damit insoweit mit dem der Aufhebung identisch. Weiter ist der Umfang der Neuentscheidung selbstverständlich dann, wenn die Parteien durch Klageänderung und Widerklage einen neuen Streitgegenstand in das iudicium rescissorium eingeführt haben, über den ebenfalls zu entscheiden ist.

Soweit dagegen die Auffassung (318) vertreten wird, der Umfang der Neuentscheidung richte sich nach dem Umfang der Neuverhandlung oder der Tragweite des Anfechtungsgrundes, beruht diese auf dem unrichtigen Gedanken, auch die Aufhebung könne im Umfange der Wirksamkeit des Anfechtungsgrundes erfolgen.

B) Die Neuentscheidung erstreckt sich zwar auf den gesamten anhängigen Streitstoff, eine andere Frage aber ist die, in welchem Umfange er einer erneuten Beurteilung, d.h. der neuen tatsächlichen und rechtlichen Würdigung durch das Wiederaufnahmegericht unterliegt.

(317) vergl. hierzu II, A, 6, d, und N. 80;

(318) Sydow-Busch § 590, 6; Reincke § 590, II, 2, c;

Während das Wiederaufnahmegesetz in der Beurteilung des neu eingebrachten Streitstoffs völlig frei ist, ist es in der Beurteilung des alten Streitstoffs nach der überwiegenden Meinung beschränkt.

Nach der Auffassung, die eine tatsächliche Isolierungsmöglichkeit und eine Neuverhandlung nur in diesem Umfange zuläßt, gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nur bezüglich der im Umfang des Betroffenseins erfolgenden neuen Verhandlung (319). So heißt es bei Petersen (320), nur soweit danach die Hauptsache neuverhandelt würde, sei das Wiederaufnahmegesetz an die im Hauptprozeß erfolgte Beurteilung nicht gebunden, sofern nicht ein in Kraft gebliebenes Zwischenurteil vorliege. Es verhalte sich ähnlich wie in den Fällen, in denen nach Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache in die erste oder zweite Instanz zurückverwiesen sei.

Neukamp (321) meint, die Hauptsache solle, soweit betroffen, derart neu verhandelt werden, daß, wie im Falle des § 525, das Gericht weder an die frühere rechtliche Beurteilung noch an die frühere Beweiswürdigung gebunden sei. Im übrigen aber sei das Gericht - wie auch Reincke (322) ausdrücklich ausführt - an die Beurteilung des früheren Urteils gebunden. Die genannten Autoren beziehen sich auf eine schon bei Erörterung des Mündlichkeitsprinzips erwähnte Entscheidung des RG (323). In der dort entschiedenen Sache billigt das RG das Verfahren des Berufungsgerichts, das nach Ausscheidung eines einzelnen vom Anfechtungsgrund betroffenen Zeugnisses die gesamte übrige Beweiswürdigung des Hauptprozesses einer erneuten Prüfung unterzog und zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangte. Es hielt sich nach § 590 Abs. I an die tatsächliche Würdigung der nicht betroffenen übrigen Beweisergebnisse durch das Gericht des Hauptprozesses nicht gebunden.

Das RG legt in seiner Entscheidung etwas unklar dar, Gegenstand der neuen Verhandlung sei zwar nur der einzelne vom Anfechtungsgrund betroffene Klagegrund, die Einrede oder das einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel. Maßgebend für "diese neue Verhandlung" sei aber der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 286. Mit diesem sei eine andere Entscheidung, als unter Berücksichtigung des "gesamten Inhalts der Verhandlungen

-
- (319) Meyer-Hirschmann-Schiller § 590, 1; Neukamp § 590, 1; Reincke § 590, II, 2, c; Petersen § 590, 2 und 3;
(320) Petersen § 590, 3;
(321) Neukamp § 590, 1;
(322) Reincke § 590, II, 2, c;
(323) RG JW 1886/347 f = RG Gruch 31/101 ff (105);

und Beweisergebnisse und nach freier Überzeugung unvereinbar". Gegen diesen Grundsatz würde das Berufungsgericht deshalb verstoßen haben, wenn es die früheren nicht betroffenen Beweisergebnisse anders als nach freier selbständiger Prüfung seiner Entscheidung zugrundegelegt hätte.

In der Entscheidung kommt also die richtige Auffassung zum Ausdruck, daß das Wiederaufnahmegericht nicht nur insoweit in seiner Würdigung frei ist, als es im Umfange der Wirksamkeit des Anfechtungsgrundes zu einer Neuverhandlung kommt, also nicht nur bezüglich einzelner betroffener Beweisaufnahmen, Parteierklärungen u. a., sondern bezüglich des gesamten, auch nicht betroffenen Streitstoffs, insbesondere der bestehenbleibenden Beweisaufnahmen.

Eine Mittelmeinung (324) vertritt die Auffassung, daß eine neuerliche Würdigung nur für die vom Anfechtungsgrund "ersichtlich unabhängigen Teile des früheren Beweisverfahrens" nicht zuzulassen sei. Auch diese Auffassung begegnet den vom RG geäußerten Bedenken.

Die herrschende Ansicht (325), die bei der Aussonderung betroffener Teile nur Urteile als Grenze zuläßt, meint ebenfalls, das Wiederaufnahmegericht sei nur insoweit neue Beweise zulässig seien, an seine frühere Beweiswürdigung nicht gebunden. Nur insoweit habe es vielmehr die volle Freiheit der tatsächlichen Würdigung nach § 286 und sei frei in seiner rechtlichen Beurteilung. Nach Baumbach-Lauterbach (326) bleibt, soweit die Bindung reicht, auch die alte Urteilsbegründung.

Da nach dieser Ansicht neue Beweise bezüglich des ganzen vom Anfechtungsgrund als betroffen angesehenen Rechtsstreits zulässig sind, sofern nicht unaufgehobene Teil- oder Zwischenurteile entgegen stehen, ist das Gericht in der tatsächlichen wie rechtlichen Beurteilung des gesamten einem durch Urteil begrenzten Verfahren zugrundeliegenden Streitstoffs völlig frei.

Nur der durch die bestehengebliebenen Teil- oder Zwischenurteile endgültig erledigte Streitstoff unterliegt keiner erneuten Beurteilung, und zwar bei Teilurteilen wegen der Rechtskraft, bei den Zwischenurteilen wegen der fortgeltenden innerprozessualen Bindungswirkung nach § 318. Insoweit, und nur insoweit kann es dehslab auch bei der alten Begründung dieser Urteile bleiben.

(324) RArbG HRR 1936/603; auch Wieczorek's § 590, B II C 1;

(325) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 590, IV; RG 75/53 ff (58 f);

(326) Baumbach-Lauterbach § 590, 3, A;

Die herrschende Ansicht kann also auf die Begründung der von der vorhergenannten Ansicht vertretenen Annahme verzichten, das Wiederaufnahmegesicht sei an die frühere Würdigung des nicht betroffenen Streitstoffs gebunden.

Eine solche allgemeine Bindungswirkung des nicht betroffenen Streitstoffs läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Insbesondere folgt sie nicht aus § 590 Abs. I.

Aus den Umständen, daß iudicium rescissorium und Hauptprozeß sowohl eine Verfahrenseinheit als auch Verhandlungseinheit bilden, folgt vielmehr, daß das Wiederaufnahmegesicht nur insoweit in seiner tatsächlichen wie rechtlichen Würdigung bzw. Beurteilung gebunden ist, als diese Bindungen schon im Hauptprozeß bestanden, und diese im Gesetz überhaupt vorgesehen sind wie beispielsweise nach §§ 286 Abs. II, 415 ff, 318 u. a. Im übrigen ist das Gesicht in seiner Würdigung des gesamten Streitstoffs völlig frei (327).

Eine gegenteilige Ansicht würde - wie das RG zur Recht ausführt - gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der freien richterlichen Überzeugung und damit gegen die Richteraufgabe (328) als solche verstoßen.

(327) Förster-Kann § 590, 3; RG Gruch 31/101 ff, (105).

(328) Nur hier, nicht bei der Isolierungsmöglichkeit spielt die Richteraufgabe eine Rolle. Vergl. dagegen Stein-Jonas-Schonke-Pohle § 590, II. 1 und N. 205 der Arbeit.

Lebenslauf

Am 6. Februar 1938 wurde ich als Sohn des Postamtmannes a. D. Albert Gilles und seiner Ehefrau Anna, geb. Berberich in Frankfurt am Main geboren. Nach dem Besuch verschiedener Volksschulen wurde ich im Frühjahr 1949 in das Wöhler-Realgymnasium in Frankfurt am Main aufgenommen. An dieser Schule bestand ich im Frühjahr 1958 das Abitur. Anschließend studierte ich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main ein Semester Wirtschaftswissenschaften und sieben Semester Rechtswissenschaften. Mein Interesse für das Sachgebiet Zivilprozeßrecht wurde in Übungen und Seminaren von Herrn Professor Schiedermaier geweckt und gefördert. Anregungen verdanke ich den Herren Professoren Lüke und Jauernig. Die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung bestand ich am 1. November 1962. Seit dem 7. Februar 1963 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Im Rahmen meiner Ausbildung als Referendar war ich in Berlin, Paris und Saarbrücken tätig. Seit dem Wintersemester 1964/65 arbeite ich als wissenschaftliche Hilfskraft.

